FACULDADES INTEGRADAS DE VITÓRIA – FDV
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

ANA LÚCIA COELHO DE LIMA

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DE TRABALHADORES SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*V*ITÓRIA

2007

ANA LÚCIA COELHO DE LIMA

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DE TRABALHADORES SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais das Faculdades Integradas de Vitória (FDV), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite.

VITÓRIA
2007

FICHA CATALOGRÁFICA

ANA LÚCIA COELHO DE LIMA

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DE TRABALHADORES SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais das Faculdades Integradas de Vitória (FDV), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em ____, _____ de _____.

COMISSÃO EXAMINADORA

_____
Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite
Faculdade de Direito de Vitória

_____

_____

Dedico este trabalho:

Ao meu marido, Antônio Carlos, pelo apoio incondicional, paciência e compreensão.

À memoria de meu querido avô João, exemplo de força, coragem e integridade.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus, senhor e criador de todas as coisas.

Ao meu orientador, professor doutor Carlos Henrique Bezerra Leite, pessoa de reconhecida sabedoria e humanidade, agradeço pela confiança, estímulo e pelas valiosas lições prestadas durante a elaboração deste trabalho.

À professora doutora Gilsilene Passon Picoretti Francischetto, minha co-orientadora e um exemplo de professora, dedicada e comprometida com a educação.

Aos colegas do Ministério Público do Trabalho e, em especial, ao Doutor Valério Soares Heringer, procurador-chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 17ª Região, pela oportunidade do afastamento funcional para a elaboração deste trabalho.

À colega de mestrado Clarissa Mendes de Souza, pelo companherismo, atenção e sugestões de bibliografia.

À professora Alina Bonella, pela disponibilidade e atenção com que fez a revisão deste trabalho.

E, finalmente, aos meus pais, Daltro e Miraci, e aos meus irmãos, Edina e Alexandre, por tudo.

RESUMO

Busca verificar se é permitida a dispensa discriminatória do trabalhador na perspectiva dos direitos fundamentais. Para tanto, privilegia a abordagem transdisciplinar, tendo como unidade de análise o Direito Constitucional, o Direito do Trabalho e o Direito Civil. Aborda a concepção contemporânea dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e o papel dos princípios fundamentais na efetivação dos direitos sociais, para, então, analisar as causas da discriminação na relação de emprego, o momento em que ela pode ocorrer e as suas modalidades. Analisa a dispensa sem justa causa e arbitrária, assim como a dispensa abusiva e discriminatória, estabelecendo conceitos e distinções, com análise da dispensa sem justa causa sob o enfoque da Convenção n° 158 da Organização Internacional do Trabalho e da teoria do abuso do direito à luz do Código Civil de 2002. Os resultados alcançados pela pesquisa demonstram que a dispensa discriminatória de trabalhadores não é permitida, na medida em que se apresenta como um ato que transcende a relação empregatícia entre empregador e empregado, atingindo frontalmente um complexo de interesses maiores, pertencentes ao Estado e à sociedade, em total afronta aos direitos fundamentais. Por fim, destaca algumas hipóteses de dispensa discriminatória e a atuação do Ministério Público do Trabalho no combate às dispensas discriminatórias.

Palavras-chave: Dispensa arbitrária. Dispensa discriminatória. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This study is intended to verify if the employee discriminatory dismissal under the perspective of fundamental rights. Thus, it uses a transdisciplinary approach which presents the Constitutional Law, Labour Law and Civil Law as object of analysis. It comprehends the contemporary concept over human rights and fundamental rights, as well as the role of the fundamental principles in making social laws effective, in order to find the source of discrimination at work, the moment and ways through which it may occur. It also establishes the concepts and differences among the redundancy and arbitrary dismissal, as well as the abusive and discriminatory dismissal, based on the Convention n° 158 of the International Labour Organization (ILO) and theory of abuse in the light of the 2002 Civil Code. Results from the research demonstrate that discriminatory dismissal is forbidden, as it is an act that transcends the regular employer-employee relationship. It is an act that directly affects an amount of major interests belonging to the State and society, in a total affront to the fundamental rights. Finally, this study highlights some hipothesis about discriminatory dismissal and the actions of the Ministry of Labour to defeat this type of dismissal.

Key-words: Arbitrary dismissal. Redundancy. Discriminatory dismissal. Fundamental rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

EC – Emenda Constitucional

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

HIV/SIDA – Human Immunodeficiency Vírus – Síndrome da Deficiência Imunológica Adquirida

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

MPT – Ministério Público do Trabalho

MTb – Ministério do Trabalho

LACP – Lei de Ação Civil Pública

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, OS DIREITOS SOCIAIS E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NA TEMÁTICA DA DISCRIMINAÇÃO 15

1.1 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS 15

1.1.1 A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 21

1.1.2 OS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHAdorES COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS 26

1.2 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS 32

1.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS 36

1.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE (ISONOMIA) 41

1.4.1 Distinção entre igualdade perante a lei, igualdade na lei, igualdade formal e igualdade material 45

1.5 O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO 48

1.6 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE 52

2 DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO 54

2.1 CONCEITO DE DISCRIMINAÇÃO 55

2.2.CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO.....57

2.3 O PODER DIRETIVO COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO 60

2.4 CAUSAS DA DISCRIMINAÇÃO 65

2.5 MOMENTO DA DISCRIMINAÇÃO 66

2.6 MODALIDADES DE DISCRIMINAÇÃO 69

2.6.1 Discriminação positiva e ação afirmativa 74

2.7 NORMAS INTERNACIONAIS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO NO MUNDO DO TRABALHO 79

2.8 O ENFRENTAMENTO CONSTITUCIONAL À DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO 85
2.9 PREVISÃO INFRACONSTITUCIONAL À DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO 87

3 DISPENSA SEM JUSTA CAUSA 91
3.1 DISPENSA ARBITRÁRIA E SEM JUSTA CAUSA: CONCEITOS 93
3.1.1 A dispensa sem justa causa sob o enfoque da Convenção n°158 da Organização Internacional do Trabalho.....99
3.2 DISPENSA ABUSIVA E DISPENSA DISCRIMINATÓRIA 109
3.2.1 O abuso do direito à luz do Código Civil de 2002 110
3.2.2 Dispensa abusiva e dispensa discriminatória: conceitos 116
3.3 VEDAÇÃO À DISPENSA DISCRIMINATÓRIA 120
3.3.1 Prova da dispensa discriminatória 122
3.3.2 Efeitos da dispensa discriminatória 129
3.4 ALGUMAS HIPÓTESES DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA 135
3.4.1 Em razão do trabalhador com mais idade 135
3.4.2 Em razão de alcoolismo 138
3.4.3 Em razão do trabalhador portador do vírus HIV 140

4 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NO COMBATE ÀS DISPENSAS DISCRIMINATÓRIAS 145

CONCLUSÕES 150

REFERÊNCIAS 157

INTRODUÇÃO

A economia capitalista vem sofrendo profundas transformações, com reflexos nas relações de trabalho. Com os fenômenos de mecanização, informatização exarcebada e globalização, o desemprego e a alta rotatividade de mão-de-obra passaram a ser os maiores vilões deste início de século para o trabalhador.

A perda do emprego tornou-se um problema real para a grande massa de empregados. Se o acesso ao mercado de trabalho está mais difícil para todos os trabalhadores, as chances das pessoas integrantes de grupos socialmente vulneráveis, vítimas preferenciais da exclusão que sofrem de discriminação, tornam-se ainda mais remotas.

A despeito de a Constituição Federal de 1988 assegurar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5°, *caput*), e consagrar a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, sem qualquer preconceito ou discriminação, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 3°, III), a realidade de monstra que a discriminação ainda é uma chaga social.

A efetiva proteção dos direitos fundamentais demanda não apenas políticas universalistas, mas também específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, vítimas preferenciais da exclusão.

A proteção contra a discriminação na relação de emprego faz-se ainda mais necessária, diante do fato de, que nesse contrato, as partes são originariamente desiguais, em virtude dos efeitos do vínculo de emprego de atribuir ao empregador o poder diretivo, de um lado, e o dever de subordinação pelo empregado, de outro. Com isso, o trabalhador acaba ficando extremamente vulnerável à discriminação, em face da relação de poder na qual se configura o contrato de emprego.

A opção desta pesquisa surgiu no trabalho institucional no Ministério Público do

Trabalho, diante do conhecimento cotidiano de práticas empresariais discriminatórias no âmbito das relações de trabalho e da necessidade de invocar os direitos fundamentais para coibi-las.

Embora a discriminação não ocorra apenas no momento da extinção do contrato de trabalho, podendo acontecer desde a fase pré-contratual, passando pela execução do contrato e atingindo a fase pós-contratual, a discriminação perpetrada na dispensa do empregado tem gerado efeitos que, não obstante limitados do ponto de vista quantitativo, em comparação com outros momentos, são de graves conseqüências para o trabalhador que, geralmente, não se encontra em sua melhor forma (trabalhador de idade avançada, portador do vírus HIV, acometido de moléstia grave, dependente químico, entre outros).

Feitas essas considerações, situado está o objeto primeiro desta pesquisa: é permitida a dispensa discriminatória do trabalhador na perspectiva dos direitos fundamentais?

A resposta, se afirmativa, constituir-se-á em solo fértil para o aprofundamento em caráter científico do estudo sobre a dispensa discriminatória de trabalhadores e a busca de meios para combatê-la. Eventual conclusão, em sentido negativo, também mostrar-se-á relevante, na medida em que lançará argumentos fundados no exame jurídico sobre a dispensa discriminatória, os quais poderão emprestar auxílio para a compreensão da discriminação no âmbito do contrato de trabalho, que passa despercebida para a maioria das pessoas.

Com o objetivo de satisfazer a indagação que ora se impõe, a abordagem foi dividida em quatro capítulos.

No primeiro, intitulado “Os Direitos Fundamentais, os Direitos Sociais e o Papel dos Princípios Fundamentais na Temática da Discriminação”, tornou-se imperioso o estudo da concepção contemporânea dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, procurando estabelecer a distinção entre tais direitos e outros

conceitos afins, optando pela utilização da expressão “direitos fundamentais”, como o próprio título do trabalho sugere, por estar reconhecida na Constituição brasileira de 1988, sem retirá-la do âmbito dos direitos humanos.

Passa-se, na seqüência, à classificação dos direitos fundamentais e análise dos direitos sociais dos trabalhadores como direitos fundamentais. A seguir, realiza-se uma breve incursão teórica sobre o papel dos princípios fundamentais na efetivação dos direitos sociais. Por fim, procuram-se examinar os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação e da solidariedade, eis que tais princípios se apresentam como sustentáculos dos direitos sociais dos trabalhadores.

No segundo capítulo, dedicado à temática da discriminação no contrato de trabalho, procura-se conceituar discriminação, partindo-se da definição dada pela Convenção n° 111 da Organização Internacional do Trabalho. Na seqüência, analisam-se os elementos do contrato de trabalho e o seu conceito, assim como o poder diretivo como fator de discriminação. Neste capítulo também são examinadas as causas que podem levar à discriminação, os momentos em que ela pode ocorrer e as modalidades de discriminação, com ênfase para a discriminação positiva, como uma das possíveis medidas de inclusão social.

Fechando o segundo capítulo, faz-se uma análise do sistema normativo da Organização Internacional do Trabalho sobre a discriminação no mundo do trabalho, assim como do enfrentamento constitucional e infraconstitucional brasileiro à discriminação no contrato de trabalho.

O terceiro capítulo destina-se à analise da dispensa sem justa causa, procurando-se abordar os conceitos de dispensa arbitrária e sem justa causa; a dispensa do empregado sob o enfoque da Convenção n° 158 da Orga nização Internacional do Trabalha; a dispensa discriminatória e abusiva e a teoria do abuso do direito à luz do Código Civil de 2002. Aqui, também, analisam-se, no plano da tutela jurisdicional, as medidas que contribuem ou que possam ocorrer para o combate às dispensas discriminatórias, como os meios de prova e os efeitos decorrentes de tais dispensas,

buscando criar condições para aqueles trabalhadores integrantes de grupos excluídos, que sofreram ou possam vir a sofrer dispensas discriminatórias, visando à sua manutenção no emprego ou à reparação do dano mediante indenização. Por fim, abordam-se algumas hipóteses de dispensa discriminatória: a dispensa em razão da idade avançada do trabalhador, a do alcoolista e a do portador do vírus HIV.

No quarto e último capítulo, analisa-se a atuação do Ministério Público do Trabalho, com enfoque no combate às dispensas discriminatórias de empregados.

Por derradeiro, são apresentadas, de forma resumida, as principais conclusões lançadas ao longo do desenvolvimento do trabalho.

O método de abordagem será o dialético e o método de procedimento será o monográfico.

O universo da pesquisa restringe-se ao problema da discriminação no emprego no Brasil, a partir da Constituição da República de 1988.

Espera-se, assim, com o presente esforço teórico, aprofundar o estudo das dispensas discriminatórias de trabalhadores sob a perspectiva dos direitos fundamentais, evidenciando o que é discriminação, como ela se manifesta, qual o tratamento jurídico das dispensas discriminatórias e como se pode combatê-las e preservar a dignidade do cidadão trabalhador.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, OS DIREITOS SOCIAIS E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NA TEMÁTICA DA DISCRIMINAÇÃO

Para tratar das dispensas discriminatórias, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, pressupõe, num primeiro momento, a compreensão da concepção atual dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, matéria que ainda hoje suscita controvérsias. Considera-se, também, oportuna uma breve digressão sobre o papel dos princípios fundamentais na efetivação dos direitos sociais, na medida em que os princípios servem de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.

Dada a importância da compreensão dos princípios constitucionais para o presente estudo, cabe lançar, ao menos em linhas gerais, breve olhar sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação e da solidariedade, clarificando esses conceitos. Essa abordagem encontra, nas obras de Ingo Wolfgang Sarlet, o fundamento em que se apóia, cuja proposta teórica estará presente como referencial em todo o texto.

1.1 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A reflexão sobre a atual concepção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais passa, inevitavelmente, pela delimitação terminológica, na medida em que têm sido usadas indiferentemente tais expressões. É importante, assim, traçar a distinção conceitual entre direitos fundamentais e direitos humanos para a sua adequada utilização.

As expressões “direitos humanos” e “direitos do homem” são mais utilizadas entre os autores anglo-americanos e latinos. Já o termo “direitos fundamentais” é mais empregado entre os publicistas alemães.[1] Porém é certo que a expressão "direitos fundamentais" reflete mais precisamente os direitos humanos como direitos positivados, tanto assim que a doutrina contemporânea vem dando preferência ao seu uso, quando deseja fazer alusão àqueles direitos positivados numa Constituição de determinado Estado.

Carlos Weis[2] utiliza a expressão “direitos humanos”, especialmente, para acompanhar a nomenclatura dos tratados internacionais sobre a matéria, esclarecendo que tais direitos são denominados “humanos” em razão de seu caráter fundamental para a vida digna, por terem em vista a proteção de valores e bens essenciais para que cada ser humano tenha a possibilidade de desenvolver suas capacidades potenciais. José Afonso da Silva[3] também reconhece que a terminologia “direitos humanos” é a preferida pelos documentos internacionais, todavia contra ela objeta-se, sob o argumento de que não há direito que não seja humano ou do homem, logo só o ser humano pode ser titular de direitos (entendimento que também já está se alterando pela formação gradativa de um direito especial aos animais), pelo que sustenta que a denominação mais adequada seria “diretos fundamentais do homem”, porque, além de referir-se a princípios – que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico – designam, no direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

José Joaquim Gomes Canotilho[4] utiliza as denominações “direitos fundamentais formalmente constitucionais” e “direitos materialmente fundamentais”, sustentando que os primeiros são “[...] os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição”

---

1 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública:* nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001. p. 27.

2 WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos.* São Paulo: Malheiros, 1999. p. 19.

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 176.

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria das constituições.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 403.

por serem “[...] enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional)”, enquanto os segundos são “[...] outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” e são denominados “materialmente fundamentais” porque as normas que os reconhecem e protegem não têm a forma constitucional.

Por sua vez, Arion Sayão Romita[5] opta por adotar a denominação de “direitos fundamentais”, valendo-se dos argumentos de Peces-Barba Martínez, segundo o qual:

> [...] deve ser adotada a denominação direitos fundamentais pelos seguintes motivos: 1° - é mais precisa que a expressão direitos humanos e não revela a ambigüidade que esta supõe; 2° - abarca as duas dimensões contidas na expressão direitos humanos, sem incorrer nos reducionismos iusnaturalista ou positivista; 3° - é mais adequada do que os termos direitos naturais ou direitos morais, que mutilam os direitos humanos de sua faceta jurídico-positivista; 4° - é mais adequada do que os termos direitos públicos subjetivos ou liberdades públicas, que podem perder de vista a dimensão moral e restringir o sentido à faceta de consagração pelo ordenamento; 5° - por sua aproximação com direitos humanos, mostra-se sensível a uma imprescindível dimensão ética.[6]

Já Robles,7 optando também pela denominação “direitos fundamentais”, afirma que os direitos humanos ou direitos do homem – que eram classicamente denominados de direitos naturais e atualmente de direitos morais – não são direitos, mas critérios morais relevantes à convivência humana, além de serem utilizados pelo julgador para fundamentar as decisões e pelo legislador para a criação das leis, porém não apresentam a possibilidade de ação processual perante um juiz, ao passo que os direitos fundamentais são os positivados e processualmente protegidos. A definição de quais direitos são fundamentais é resolvida no âmbito de cada ordenamento jurídico, normalmente sendo especificados pela Constituição interna do País, recebendo um tratamento especial que os diferencia dos demais direitos. Portanto, para o citado autor, a positivação transforma os critérios morais em direitos fundamentais.

---

5 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 54.

6 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 54.

7 ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.* Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 7.

Diante de tantas controvérsias, parece mais acertado o entendimento de Antonio-Enrique Pérez Luño,[8] que aprofundou o estudo do tema, chegando à conclusão de que os "direitos fundamentais" têm sido fruto de uma dupla influência: de um lado, o encontro entre a tradição filosófica humanista, representada prioritariamente pelo jusnaturalismo de orientação democrática, com as técnicas de positivação e proteção das liberdades próprias do movimento constitucionalista, encontro que se plasma no Estado de Direito; de outro, representam um ponto de mediação e de síntese entre as exigências das liberdades tradicionais de cunho individual, com o sistema de necessidades de caráter econômico, cultural e coletivo, cuja satisfação e tutela se dirigem aos direitos sociais. Nesse passo, segue o autor afirmando que os "direitos fundamentais" aparecem como a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito, processo que teria seu ponto intermediário de conexão nos direitos humanos.

Com efeito, Antonio-Enrique Pérez Luño,[9] após analisar o entendimento de vários doutrinadores sobre o tema, especialmente o dos professores Antonio Fernández-Galiano e Peces-Barba, estabelece os seguintes critérios para distinguir "direitos humanos" e "direitos fundamentais": primeiro, os direitos humanos aparecem como um conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais; segundo, os direitos humanos são um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacional e internacionalmente, ao passo que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos na norma constitucional, e que costumam gozar de uma tutela reforçada.

Na mesma direção, valendo-se, inclusive, do ensinamento de Pérez Luño, o professor Ingo Wolfgang Sarlet[10] faz distinção entre "direitos do homem", "direitos

---

8 PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales.* 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 43.

9 PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales.* 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 43.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38.

humanos" e "direitos fundamentais", entendendo como "direitos do homem" os naturais, ou seja, aqueles direitos outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana, mas ainda não positivados; os "direitos humanos", os direitos positivados na esfera do direito internacional; e os "direitos fundamentais", os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.

Por seu turno, o citado professor também adverte sobre a inexistência de identidade entre "direitos humanos" e "direitos fundamentais", ou seja, apesar de tais expressões serem usualmente utilizadas como sinônimas, elas se reportam a significados distintos, explicando que, para os que preferem o termo "direitos humanos" há que referir se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva. Além disso, admite a íntima conexão entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, sob o fundamento de que a distinção de tais expressões radicam, em alguns critérios específicos, como é o caso da positivação de direitos, lembrando que não há identidade entre o elenco de direitos humanos e de direitos fundamentais reconhecidos – nem entre o direito constitucional dos diversos Estados e o direito internacional, nem entre as Constituições – e isso pelo fato de que, às vezes, o catálogo de direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, enquanto, outras vezes, chega a ficar bem além, como é o caso da Constituição Federal brasileira de 1988.[11]

Idêntico é o pensamento de José Cláudio Monteiro de Brito Filho[12] pois entende que apesar de os direitos humanos e dos direitos fundamentais terem a mesma finalidade, esses dois conjuntos não guardam total identidade. Primeiro, porque são produzidos por centros de poder distintos. De um lado, há os organismos internacionais criando normas jurídicas, que são as normas de direitos humanos; de

---

[11] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39.

[12] BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Negociação coletiva e direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO, 11., 2006, Brasília. *O MPT como promotor dos direitos fundamentais.* São Paulo: LTr, 2006. p. 206-214.

outro, há os centros de poder no âmbito interno dos Estados, produzindo igualmente normas jurídicas, mas de direitos fundamentais. Segundo, porque eles, via de regra, trabalham com limitações e perspectivas distintas. Daí afirma o autor que os direitos humanos são um conjunto mínimo de normas necessárias à dignidade do homem – do ponto de vista normativo – elaborados pelos organismos internacionais; e os direitos fundamentais são os direitos mínimos dos seres humanos, no plano interno de um determinado país.

Prosseguindo, José Cláudio Monteiro de Brito Filho[13] assevera que os direitos fundamentais são aqueles que o constituinte de um determinado Estado adotou como necessários à preservação da dignidade do homem. Eles podem – ou não – ser coincidentes com os direitos humanos, ou até caminhar em outras direções, dependendo da perspectiva com que se trabalha, como ocorre com o Brasil, que elevou à condição de direitos constitucionais fundamentais, em matéria de trabalho, o FGTS, o 13° salário e o 1/3 de férias, que vão mu ito além do que se pode esperar do mínimo necessário para que o trabalhador viva com dignidade. Por outro lado, conforme destaca o citado autor, em determinados países, onde o trabalhador tem condições dignas e equilibradas de trabalho e uma remuneração compatível com as suas necessidades de subsistência e de sua família, o não recebimento de 13° salário não viola a sua dignidade.

Com esse exemplo, resta claro que nem todos os direitos fundamentais – como o 13° salário assegurado a todo empregado brasileiro pelo art. 7º, VIII, da Constituição Federal – são direitos humanos. Por isso é equivocada a noção de que os direitos fundamentais são os direitos humanos constitucionalmente garantidos ou espécies dos direitos humanos ou, ainda, os direitos humanos no plano interno dos Estados, na medida em que os direitos fundamentais são aqueles positivados nacionalmente, como opção do legislador constituinte para preservação da dignidade da pessoa humana.

---

[13] BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Negociação coletiva e direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO, 11., 2006, Brasília. *O MPT como promotor dos direitos fundamentais.* São Paulo: LTr, 2006. p. 206-214.

Nessa ótica, seguindo os ensinamentos do professor Ingo Wolfgang Sarlet, conclui-se que os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” se reportam a significados distintos e o critério mais adequado para estabelecer a diferença entre essas categorias é o da concreção positiva, eis que a expressão “direitos humanos” apresenta contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, que possui sentido mais preciso e restrito, na medida em que constitui o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente. Os direitos humanos guardam relação com os documentos de direito internacional, que reconhecem o ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, enquanto os direitos fundamentais nascem e acabam com as constituições.

Assim, os “direitos do homem”, os naturais, são aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana, capazes de atender às suas necessidades, de forma a assegurar a sua dignidade, mas ainda não positivados, enquanto os “direitos humanos” compreendem os direitos positivados em normas internacionais. Já os “direitos fundamentais” são aqueles reconhecidos e positivados no âmbito do direito interno dos Estados. A definição de quais direitos são fundamentais é resolvida no âmbito de cada ordenamento jurídico, normalmente especificados na Constituição de cada país, recebendo uma tutela reforçada que os diferencia dos demais direitos.

1.1.1 A classificação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, tal como preconizados pelos franceses, ao longo da história posterior à Revolução, foram positivados nas Constituições de diversos países, obedecendo a um gradativo processo cumulativo e qualitativo. Exatamente, em razão dessa evolução gradativa na positivação dos direitos fundamentais e universais, passaram os constitucionalistas a classificá-los, para efeitos didáticos,

segundo o momento histórico em que foram institucionalizados nas Constituições de diversos países, em três categorias distintas: os chamados direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira geração.[14]

O termo “geração” tem sofrido sérias críticas pela doutrina. Na esteira da mais moderna doutrina, como Carlos Weis, Ingo Wolfgang Sarlet[15] e Carlos Henrique Bezerra Leite,[16] a teoria das gerações dos direitos fundamentais não se sustenta diante de uma análise mais crítica, nem é útil do ponto de vista dogmático. Possui, contudo, grande valor didático, já que facilita o estudo dos direitos fundamentais, pois induz à idéia de historicidade desses direitos. Todavia, a evolução dos direitos fundamentais não segue a idéia de sucessão cronológica de direitos (primeiro, os de liberdade; segundo, os de igualdade; e terceiro, os de fraternidade) em todas as situações, eis que, em alguns países, a constitucionalização dos direitos sociais foi posterior à dos direitos civis e políticos. O Brasil é um exemplo claro dessa constatação histórica, na medida em que vários direitos sociais foram implementados antes da efetivação dos direitos civis e políticos.

Na “era Vargas”, durante o Estado Novo (1937-1945), foram reconhecidos, por lei, inúmeros direitos sociais, especialmente os trabalhistas e os previdenciários, sem que os direitos de liberdade (de imprensa, de reunião, de associação) ou políticos (de voto, de filiação partidária) fossem assegurados, já que se vivia sob um regime de exceção democrática.

Esse descompasso também ocorreu no plano internacional, que teve, na criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, a institucionalização de diversas convenções que regulamentaram direitos sociais dos trabalhadores, bem antes da internacionalização dos direitos civis e políticos.

---

14 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563.

15 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 53.

16 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública:* nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001. p. 31-32.

Pertinente, nesse passo, é a observação de Ingo Wolfgang Sarlet,[17] para quem o uso do termo “geração” pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que é equivocado, já que não se pode negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo. O processo é de complementariedade e não de alternância ou sucessão, de tal sorte que o uso da expressão “geração” pode ensejar a falsa idéia da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual adota o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição a que se filia esta autora.

Esclarecida a questão terminológica, impõe-se breve digressão sobre os direitos fundamentais, com uma visão panorâmica sobre as principais características de cada uma das suas dimensões.

A primeira dimensão de direitos fundamentais surgiu com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII. Esses direitos buscavam a preservação da liberdade individual e uma postura não-intervencionista do Estado. São também chamados de direitos individuais ou direitos de liberdade e têm por destinatários os indivíduos isoladamente considerados. São oponíveis ao Estado. A primeira dimensão de direitos fundamentais constitui, portanto, os direitos civis e políticos, tais como: o direito à liberdade individual, à vida, à segurança, à igualdade de tratamento perante a lei, à propriedade; o direito de ir e vir; o direito a liberdades de culto, crença, associação e reunião pacífica e participação política.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão compreendem os direitos econômicos, sociais e culturais, decorrentes de aspirações igualitárias, historicamente vinculadas a movimentos socialistas e comunistas do século XIX e início do século XX, visando à garantia de condições materiais aos cidadãos. A institucionalização dos direitos fundamentais de segunda dimensão iniciou com a Constituição do México, de 1917, seguida da Constituição da Alemanha, de 1919 (Constituição de Weimar). Após o término da Primeira Guerra Mundial, generalizou-se o acolhimento, nas Constituições de diversos países, dos direitos sociais. A

[17] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do

positivação desses direitos deu origem ao que se convencionou chamar de "Constitucionalismo Social", a demonstrar que os direitos fundamentais de segunda dimensão, quando do seu exercício, têm de cumprir uma função social. São direitos que cobram atitudes positivas do Estado, com a finalidade de promover não apenas a igualdade formal de todos perante a lei, mas a igualdade material e real em direitos e oportunidades a todos, protegendo juridicamente os hipossuficientes nas relações sociais de trabalho e os padrões mínimos de uma sociedade igualitária. Inserem-se no rol dos direitos fundamentais de segunda dimensão os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades.

A terceira dimensão de direitos fundamentais dá origem aos chamados direitos de povos ou direitos coletivos, inspirados no ideal de fraternidade ou solidariedade prevalecente na segunda metade do século XX, dotado de altíssimo teor de humanismo e universalidade, como direitos que não se destinam especificamente à proteção de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, mas têm por destinatário o gênero humano. Nascem, assim, nesse limiar, os chamados direitos metaindividuais ou difusos, tais como: o direito à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, dentre outros.

Como bem sintetiza o ministro Celso de Mello:[18]

> [...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis ou políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF-Pleno-MS nº 22164/SP – relator ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17-11-1995, p. 39.206).

Advogado, 2005. p. 53.

[18] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 1995, apud MARCÍLIO, Maria Luíza. A construção dos direitos da criança brasileira no século XX. In: MARCÍLIO, Maria Luíza; PUSSOLI, Lafaiete (Coord.). *Cultura dos direitos humanos.* São Paulo: LTr, 1998. p. 77-78.

Atualmente, a doutrina já vem visualizando novas espécies de direitos. Segundo Paulo Bonavides,[19] surge uma quarta dimensão de direitos, que emerge da globalização política, tão necessária para amenizar os efeitos devastadores do neoliberalismo extraído da globalização econômica deste novo milênio. São direitos de quarta dimensão o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

A despeito do critério metodológico utilizado para classificar os direitos fundamentais, uma geração ou dimensão de direitos não exclui a outra, pois tais direitos se complementam e estão inter-relacionados, como leciona Flávia Piovesan:

> Ao conjugar o valor da liberdade com o da igualdade, a Declaração [Universal dos Direitos Humanos de 1948] introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual esse direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. Assim, partindo do critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações, compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada visão da sucessão 'geracional' de direitos, na medida em que se acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação [...]. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si.[20]

A concepção contemporânea dos direitos fundamentais, portanto, compreende a liberdade (direitos civis e políticos), a igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais) e a fraternidade ou solidariedade (direitos ou interesses metaindividuais) como valores indissociáveis, na medida em que tais gerações ou dimensões de direitos não são categorias isoladas, que se excluem, mas que se complementam, dado o caráter de universalidade, indivisibilidade, interdependência e complementaridade que esses direitos assumem no ordenamento jurídico brasileiro e no direito internacional.[21]

De se notar que os pactos Internacionais de Direitos Humanos, o Pacto Internacional

---

19 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571.

20 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 141-142.

21 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública:* nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001. p. 27.

sobre Direitos Civis[22] e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,[23] ambos ratificados pelo Brasil, destacam a obrigação dos Estados de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem e a obrigação do indivíduo – por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence – de lutar pela promoção e observância desses direitos e reconhecem, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar dos seus direitos civis e políticos, assim como dos seus direitos econômicos, sociais e culturais.

Portanto, a temática dos direitos fundamentais está intimamente relacionada à teoria geral da cidadania. Por sua vez, a cidadania encontra-se ligada à preservação e ao respeito da dignidade da pessoa humana.[24]

Assim, cidadania, conforme Ricardo Lobo Torres, define-se:

> como o pertencer à comunidade, que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres, só a análise ética e jurídica abre a possibilidade de compreensão desse complexo status. A cidadania já não está ligada à cidade nem ao Estado nacional, pois se afirma também no espaço internacional e supranacional. Apenas as idéias de direitos humanos e de justiça podem constitui-la no sentido ontológico.[25]

Referindo-se a essa nova concepção de cidadania, o professor Carlos Henrique Bezerra Leite obtempera:

---

[22] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16-12-1966. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n° 226, de 12-12-1991, e promul gado pelo Decreto n° 592, de 6-7-1992. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 473-485.

[23] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Assembléia Geral das Nações Unidas, em 19-12-1966. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n° 226, de 12-12-19 91, e promulgado pelo Decreto n° 591, de 6-7-1992. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 488-495.

[24] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública:* nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001. p. 32.

[25] TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Teoria dos direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 243-341.

> A cidadania, portanto, deixa de ser considerada simples emanação do direito subjetivo do indivíduo de participar dos negócios do Estado para se transformar na idéia que, por sua extensão, pela abertura interdisciplinar, pela conotação política que exibe e pela multiplicidade de suas dimensões, pode servir de sustentáculo para a superação das contradições que gravitam em torno de temas como liberdade e justiça social, igualdade e solidariedade, universalismo e nacionalismo, direitos fundamentais e direitos sociais e econômicos, nesta fase de transição para o século XXI.[26]

Em suma, o conceito moderno de cidadania compreende os direitos fundamentais da pessoa humana, ou seja, os direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e os difusos, em constante tensão com as idéias de liberdade, de justiça política, social e econômica, de igualdade de chances e de resultados, e de solidariedade, a que se vinculam.[27]

1.1.2 Os direitos sociais dos trabalhadores como direitos fundamentais

Os direitos sociais, ao lado dos direitos econômicos e culturais, como destacado no tópico anterior, compõem a segunda dimensão histórica dos direitos fundamentais. Nessa linha de pensamento, José Afonso da Silva conceitua os direitos sociais, nos seguintes termos:

> Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.[28]

Com efeito, a Constituição Federal brasileira de 1988 dedicou o Capítulo II, do Título II, aos direitos sociais, dispondo expressamente, em seu art. 6º, que a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

---

[26] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública:* nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001. p. 32.

[27] TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Teoria dos direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 243-341.

[28] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 26. ed. São Paulo: Revista dos

maternidade e à infância e a assistência aos desamparados são direitos sociais.

A Constituição brasileira de 1988, portanto, alterou radicalmente a ideologia das constituições anteriores, que misturavam a ordem social com a ordem econômica, inserindo os direitos sociais (arts. 6º, 7º *usque* 11; 170 *usque* 232) no rol dos direitos e garantias fundamentais (Capítulo II do Título II da Constituição Federal).

Observação importante é feita por Arion Sayão Romita,[29] no sentido de que a atual Constituição brasileira exalta a integração harmônica das categorias dos direitos fundamentais, com destaque aos direitos sociais:

> A novidade teórica introduzida pela Constituição consiste na inserção do capítulo dos 'Direitos sociais' no título dedicado aos 'Direitos e garantias fundamentais', ao lado os 'Direitos individuais e coletivos' [...]. Na verdade, o ser humano compõe uma unidade incindível, em que o individual é completado pelo social. A orientação do texto de 1988 merece, portanto, encômios, porque o relevo por ele atribuído aos direitos sociais confere eminente dignidade ao ser que trabalha e constitui inegável fonte de inspiração para o legislador infraconstitucional, além de conter diretriz heurística endereçada à tarefa do intérprete.[30]

No mesmo sentido, assinala Flávia Piovesan:

> O texto de 1988 ainda inova ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais (ver capítulo II do título II da Carta de 1988). Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a estes direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Nesta ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.31

À luz dos arts. 170, 192 e 193 do texto constitucional de 1988, a ordem social não só tem como base o primado do trabalho, mas a ordem econômica também deve

---

Tribunais, 2000. p. 258.

29 ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos socais na Constituição e outros estudos.* São Paulo: LTr, 1991. p. 12.

30 ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos socais na Constituição e outros estudos.* São Paulo: LTr, 1991. p. 12.

31 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. rev., ampl. e

estar fundada na valorização do trabalho humano, e o sistema financeiro deve estar estruturado de forma a atender aos interesses da coletividade e promover o desenvolvimento equilibrado do País.

A Constituição Federal de 1988 consagra, ainda, ao fim da extensa declaração de direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição "[...] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados" (art. 5°, § 2°).

As garantias constitucionais, conforme Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, são "[...] direitos e privilégios dos cidadãos conferidos pela Constituição".[32] Contudo, esse entendimento é equivocado, *data maxima venia*, uma vez que não há sinonímia entre garantias e direitos constitucionais. As garantias são meios de defesa, que se colocam diante dos direitos, mas com estes não se deve confundir.

A doutrina pátria, para estabelecer a distinção entre direitos e garantias constitucionais, busca inspiração na obra de Rui Barbosa, para quem – em comentários dirigidos à Constituição Federal de 1891 – é possível estabelecer distinção entre disposições meramente declaratórias, que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, das disposições de natureza assecuratórias, que protegem e limitam o poder. As primeiras remontam aos direitos enquanto as segundas, às garantias. De acordo com esse entendimento, as garantias constitucionais visam a assegurar e proteger um determinado direito.

Pertinente, nesse passo, é a observação do professor Ingo Wolfgang Sarlet, para quem as "[...] garantias apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por elas protegidos, além de legitimarem ações estatais para defesa dos direitos fundamentais".[33]

---

atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34.

[32] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa.* 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 835.

[33] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 198.

Na verdade, as garantias fundamentais são autênticos direitos subjetivos, já que estão intimamente ligadas aos direitos fundamentais, além de assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos respeito e efetivação.[34]

Retomando ao disposto no art. 5°, § 2°, da Constitu ição Federal, é importante observar a concepção aberta do texto constitucional quanto aos direitos fundamentais, já que a expressão literal do referido dispositivo menciona, de forma genérica, os "[...] direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros [...]", sem qualquer limitação quanto à sua posição no texto.

Além disso, como já destacado, há acolhida expressa dos direitos sociais básicos (entre outros, o trabalho) no art. 6° do texto cons titucional de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regrados em outro capítulo.

Nesse passo, a Constituição Federal brasileira de 1988 encontra-se em perfeita sintonia com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,[35] que reconhece, em seu preâmbulo, que os direitos sociais são inerentes à dignidade da pessoa humana e que o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar seus direitos econômicos, sociais e culturais

Além disso, o Brasil assinou o *Protocolo de San Salvador*,[36] de 1988, como instrumento adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos,[37] de 1969,

---

[34] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 199.

[35] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Assembléia Geral das Nações Unidas, em 19-12-1966. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n° 226, de 12-12-19 91, e promulgado pelo Decreto n° 592, de 6-7-1992. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 488-495.

[36] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo de *San Salvador*, adotado pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em *San Salvador*, em 17-11-1988. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n° 56, de 19-4-1995, e promulgado pelo Decreto n° 3.321, de 30-12-1999. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 552-558.

[37] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana Sobre Direitos Humanos, em *San José da Costa Rica*, em 22-11-1969. Aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n° 27, de

nominada de *Pacto de San José da Costa Rica*, que recepcionou expressamente o princípio da proibição do retrocesso social ou da aplicação progressiva dos direitos sociais.

Nessa perspectiva, o procurador regional do trabalho, Xisto Tiago de Medeiros Neto,[38] acrescenta, ainda, que a Constituição transformou os direitos sociais em cláusulas pétreas, que não podem ser atingidas pelo reformador derivado. Todavia, no direito pátrio, há quem sustente o contrário, sob o fundamento de que os direitos sociais não podem (ao menos na condição de direitos e prestações) ser equiparados aos direitos de liberdades previstos no art. 5° do texto constitucional, pois se o Poder Constituinte tivesse tido a intenção de gravar os direitos sociais com a cláusula de intangibilidade, ele o teria feito, nominando essa categoria de direitos no art. 60, § 4°, IV, da Constituição ou mencionado de forma genérica a intangibilidade a todos os direitos e garantias fundamentais, e não apenas aos direitos e garantias individuais. Essa concepção é equivocada, como bem esclarece o professor Ingo Wolfgang Sarlet:[39] primeiro, porque a Constituição Federal não faz distinção entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais; segundo, porque boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz respeito à sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa; terceiro, porque uma interpretação que limita o alcance das "cláusulas pétreas" aos direitos fundamentais arrolados no art. 5° da Constituição exclui também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no art. 60, § 4°, IV, do texto constitucional.

O esclarecimento da abrangência do art. 60, § 4°, IV, da Constituição Federal requer, assim, uma interpretação sistemática do texto constitucional, uma vez que os direitos sociais dos trabalhadores (CF, art. 7º) se conexionam com o direito de igualdade previsto no *caput* do art. 5° da Lei Fundamental. Os direitos sociais dos

---

25-9-1992, e promulgada pelo Decreto n° 678, de 6-11-1992. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 536-551.

38 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Os direitos sociais e a sua concepção como cláusula pétrea constitucional. *Revista do Ministério Público do Trabalho,* Brasília: LTr, n. 27, p. 79-87, mar. 2004.

39 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do

trabalhadores traduzem, portanto, a concretização da democracia substancial, postulado que norteou a vontade do Constituinte, conforme consta no preâmbulo da Constituição de 1988:

> [...] *instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais,* a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, *a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...] (grifo nosso).

A idéia de constituição de um Estado democrático e social de Direito também resta evidenciada em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1°, I a III, e art. 3°, I, III e IV, da Lei Maior.

Verifica-se, portanto, a íntima vinculação dos direitos sociais com a concepção de Estado da Constituição pátria. Portanto, o princípio do Estado social e os direitos sociais integram a identidade da Carta Magna, razão pela qual os direitos sociais dos trabalhadores são verdadeiros direitos fundamentais, razão pela qual podem – e devem – ser considerados como "cláusulas pétreas".

O professor Carlos Henrique Bezerra Leite[40] utiliza ainda a interpretação extensiva e a interpretação lógica para resolver a abrangência do art. 60, § 4°, inciso IV, da Constituição Federal. A extensiva, porque entende que o constituinte originário disse menos do que efetivamente era do seu desejo, pois acredita que, ao utilizar a expressão "direitos e garantias individuais", pretendia, em verdade, referir-se a "direitos e garantias fundamentais", já que o Título II da Carta de 1988 é que trata "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", do qual fazem parte os Capítulos I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), II (Dos Direitos Sociais), III (Da Nacionalidade) e IV (Dos Direitos Políticos). A interpretação lógica, porque não se pode reformar aquilo que ainda não se experimentou. Daí, se há, na Constituição de 1988, grande quantidade de normas aguardando regulamentação por meio do legislador ordinário, fere a lógica acreditar que o poder constituinte originário tivesse

---

Advogado, 2005. p. 403.

[40] LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores.* São

autorizado ao poder constituinte derivado reformar norma constitucional ainda não dotada de eficácia plena, em virtude da inércia ou omissão dolosa deste último.

Observa-se, ainda, que a função precípua das denominadas “cláusulas pétreas”

> [...] é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, neste sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte. Isso se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da dignidade da pessoa humana [...].[41]

A Constituição Federal de 1988, portanto, assegura “[...] a proibição de retrocesso social, estabelecendo preceito restritivo da iniciativa de desconstituição ou aviltamento dos Direitos Sociais”.[42] Essa compreensão da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reflete as aspirações e conquistas sociais, que não admitem retrocessos. No mesmo sentido, é o magistério de Flávia Piovesan:

> Da obrigação da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retrocederem no campo da implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia destes direitos. Além disso, sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. Os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais.[43]

Diante dessas breves considerações, conclui-se que os direitos sociais dos trabalhadores são autênticos direitos fundamentais (de segunda dimensão) e constituem cláusulas pétreas, razão pela qual não podem ser objeto de emenda constitucional proposta tendente a aboli-los .

Paulo: LTr, 1997, p. 125-126.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 406.

42 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Os direitos sociais e a sua concepção como cláusula pétrea constitucional. *Revista do Ministério Público do Trabalho,* Brasília: LTr, n. 27, p. 79-87, mar. 2004.

43 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 183.

1.2 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O estudo dos princípios fundamentais assume importância central para a teoria constitucional contemporânea, que atravessa um período pós-positivista, caracterizado pelo reconhecimento da plena eficácia jurídica dos princípios, superando a visão formalista, que atribuía aos princípios apenas a função supletiva das normas jurídicas, cingindo sua incidência às hipóteses de lacuna.[44]

A compreensão do conceito de princípio jurídico e de suas diferenças com a regra jurídica afigura-se fundamental para a intelecção do papel dos princípios na efetivação dos direitos sociais.

Desde logo, cabe destacar que, a título de pressuposto teórico do presente trabalho, adota-se a classificação das normas jurídicas (e constitucionais) em princípios e regras, seguindo a doutrina de Robert Alexy,[45] para quem tanto os princípios como as regras são normas, pois ambos estabelecem o que devem ser e ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas de ordem, permissão e proibição. Todavia há vários fatores importantes de distinção, entre os quais se destacam a generalidade e a graduação. Os princípios revestem-se de um grau de generalidade e abstração superior ao das normas, sendo, por conseguinte, menor a determinalidade de seu raio de aplicação. É da natureza do princípio não ser determinado, porque não está referido nas especificidades concretas da realidade fática. As regras contêm determinação explícita, enquanto os princípios se apresentam como mandatos de otimização, que podem ser cumpridos de diferentes maneiras e em diferentes graus, dependendo das possibilidades reais e jurídicas, ao passo que as regras só podem ser cumpridas de uma única maneira, exatamente como determinado, nem mais nem menos. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é um princípio

---

[44] SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. p. 41.

[45] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2002. p. 81-87.

ou é uma regra.

A distinção entre regras e princípios fica mais evidente quando ocorre colisão de princípios e conflito de regras, haja vista que o conflito entre regras é resolvido de modo completamente diverso do conflito entre princípios. O primeiro é resolvido na dimensão de validez, ou seja, só podem ser solucionados introduzindo-se uma regra de exceção, debilitando o seu caráter definitivo ou declarando inválida, pelo menos, uma das regras. Assim, uma regra vale ou não vale juridicamente. Se a regra vale e é aplicável a um caso, significa que vale também sua conseqüência jurídica. Por isso, o conflito entre duas regras há de ser solucionado por outra regra (a regra mais especial regulará o caso, em detrimento da mais geral) ou mediante o reconhecimento da invalidade de alguma das regras confrontadas. Essa regra está positivada no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introd ução ao Código Civil brasileiro, que estabelece que lei a posterior revoga a anterior e a lei especial revoga a geral. O fundamento é de que se trata de uma decisão acerca da validade. Já o conflito entre princípios não se desenrola no campo da validade, mas sim na dimensão do peso (teoria da ponderação). Essa teoria estabelece que é possível ocorrer conflito de princípios (a chamada "lei de colisão"), sem que nenhum deles perca a validade. Não há uma hierarquia, *a priori,* entre princípios, pois a prevalência do conflito dependerá das circunstâncias específicas do caso concreto. Ocorre, por exemplo, quando se diz que algo, segundo um princípio, é proibido e, de acordo com outro princípio é permitido, portanto, diante do caso concreto, um dos princípios tem que ceder em frente ao outro, porque um limita a possibilidade jurídica do outro, o que não implica que o princípio desprezado seja inválido, até porque a colisão só ocorre entre princípios válidos. A escolha de qual princípio será utilizado só poderá ser feita mediante um caso concreto, quanto aos limites jurídicos de cada princípio.[46]

Esses ensinamentos foram brilhantemente sintetizados por José Joaquim Gomes Canotilho:

> [...] os princípios, aos constituírem exigências de optimação, permitem o

[46] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2002. p. 88-89.

> balanceamento de valores (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se um regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.[47]

As regras constituem comandos definitivos, enquanto os princípios expressam mandados de otimização em face de determinados interesses. Em uma palavra, as regras, quando incidentes sobre determinado caso, têm de ser aplicadas, ao passo que os princípios podem ser afastados em razão da sua ponderação com outros princípios.[48]

A Constituição Federal de 1988 vale-se de um arcabouço de princípios. De plano, em seu art. 1°, enuncia os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Tais princípios se irradiam por todo o sistema normativo, ético e jurídico, evidenciando que o texto constitucional busca uma reaproximação da ética e do direito, surgindo, assim, a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana.[49]

Nessa linha, a doutrina contemporânea enaltece o papel normativo dos princípios e acentua a sua multifuncionalidade no ordenamento constitucional. A função normativa, rompe com o paradigma clássico de que os princípios seriam meras fontes subsidiárias do direito, conforme prevê o art. 5° da Lei de Introdução ao Código Civil. Vale dizer, os princípios fundamentais constitucionais, como valores, assumem a função de fundamento da legitimidade da ordem-jurídica, na medida em que corporificam, nas palavras de Paulo Bonavides, "[...] os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional".[50]

---

47 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria das constituições.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 174

48 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. p. 98.

49 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29.

50 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 283.

Por isso, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello:

> [...] A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumédia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.[51]

Os princípios fundamentais constitucionais também desempenham função hermenêutica e informativa. Na função hermenêutica, os princípios configuram-se como vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais.[52] Já a função informativa tem por destinatário o legislador, de tal sorte que, no processo legislativo, tanto o Executivo quanto o Legislativo devem pautar as suas atribuições e competências com base nos princípios constitucionais.

Em que pese a importância de todos os princípios fundamentais constitucionais, neste trabalho, a análise ficará restrita aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade (isonomia), da não-discriminação e da solidariedade, na medida em que os direitos sociais dos trabalhadores se encontram diretamente ancorados nesses princípios nominados.

1.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A concepção de que o ser humano é dotado de liberdade e razão se iniciou a partir do século VIII e II a.C. Nesse período, enunciaram-se os grandes princípios e estabeleceram-se as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até nossos dias. Lançavam-se, portanto, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa

---

[51] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 537-538.

[52] SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. p. 54.

humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.[53]

A preocupação com a dignidade da pessoa humana deita raízes no pensamento clássico e no ideário cristão.[54] Na Antigüidade clássica, verifica-se a dignidade da pessoa intimamente relacionada com a posição ocupada pelo indivíduo na sociedade, ou seja a dignidade é quantificada de acordo com a posição social, razão pela qual se admite a existência de pessoas mais ou menos dignas. No período estóico, a dignidade era tida como inerente ao ser humano, qualidade que o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são iguais em dignidade.[55]

Já nos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, entretanto, a noção fundamental de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Destaca-se, nesse período, o filósofo Immanuel Kant,[56] que elaborou uma fórmula constituída no seguinte imperativo: “Proceda de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio”. Em outras palavras, o filósofo defendia que as pessoas devem sempre ser tratadas como um fim em si mesmas e nunca como um meio para alcançar determinado propósito. Ao constatar a possibilidade de esse enunciado ser verdadeiro, chegou à conclusão de que o fim natural e comum a todos os homens é a felicidade, traduzida na idéia de que toda a humanidade é considerada fim em si mesmo, como condição suprema limitadora da ação de todos os homens. Sustentava, também, a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de o ser humano agir em conformidade com a sua vontade e de acordo com as leis criadas por ele próprio, considerando essa autonomia como atributo

---

53 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9-11.

54 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29.

55 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 30.

56 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1964. p. 62.

encontrado apenas nos seres humanos e fundamento da dignidade da natureza humana. Ainda destacando a qualidade ímpar e insubstituível da pessoa humana, afirma Kant:

> [...] tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por outra qualquer coisa *equivalente*; pelo contrário, o que está acima de todo o preço, e por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma *dignidade* [...]. Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a santidade (grifos do original).[57]

Essa concepção jusnaturalista, que encontrou em Kant (mas não único) o seu mais aclamado expoente, ainda hoje é seguida pela doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – para identificar a fundamentação e, de certa forma, a conceituação da dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, pode-se concluir que a idéia central da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude de sua condição humana e independente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados tanto por seus semelhantes como pelo Estado.[58] Isso obriga a todos a um compromisso inafastável: o do absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade do ser humano, porque o homem é *sujeito de direitos;* não é, jamais, objeto de direito e, muito menos, objeto mais ou menos livremente manipulável.[59]

Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos do Homem,[60] de 1948, reconhece, em seu preâmbulo, a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como fundamentos da liberdade, da justiça e da paz no mundo e, no art. 1°, reafirma que "[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e uns

---

[57] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1964. p. 98.

[58] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 33-38.

[59] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *O equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei.* São Paulo: Ícone, 1998. p. 150.

[60] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Resolução n° 217, na 3ª Sessão Ordinária da As sembléia Geral da ONU, em Paris, em 10-12-1948. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São

devem agir em relação aos outros com espírito e fraternidade".

Nessa linha de pensamento, o professor Ingo Wolfgang Sarlet,[61] aprofundando os seus estudos sobre a pessoa humana e sua dignidade, com o intuito de alcançar uma compreensão mais abrangente e operacional do conceito de dignidade, destaca as principais dimensões da dignidade da pessoa humana: ontológica, intersubjetiva e histórico-cultural.

Na dimensão ontológica, a dignidade – considerada como uma qualidade intrínseca da pessoa humana – é irrenunciável e inalienável, podendo ser reconhecida, respeitada e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.[62]

Na dimensão intersubjetiva, a dignidade, em razão de tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade e, por essa razão, implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco como pessoa), traduzida num feixe de direitos e deveres fundamentais da pessoa humana. Nesse passo, é que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual consideração por parte do Estado e da comunidade.[63]

Já, na dimensão histórico-cultural, a dignidade não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana, na medida em que também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da

---

Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 419-422.

61 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. *Dimensões da dignidade:* ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

62 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. *Dimensões da dignidade:* ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

63 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. *Dimensões da dignidade:* ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente. O reconhecimento de uma dimensão cultural da dignidade não está a aderir concepção da dignidade como contraprestação, mas sim uma condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo, não sendo tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas, sim, as condições para a realização da prestação.[64]

Diante dessas constatações, o professor Ingo Wolfgang Sarlet[65] pondera que a dignidade da pessoa humana possui uma dimensão dúplice, que se manifesta como expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que se refere às decisões essenciais a respeito de sua própria existência), assim como da necessidade de proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, principalmente quando ausente a capacidade de autodeterminação.

A dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir por si próprio (de forma autônoma, sobre os seus projetos existenciais) e, mesmo quando faltar ao indivíduo essa autonomia (como ocorre nos casos de demência) ainda assim ser respeitado pela sua condição humana.

Dessa forma, dadas as circunstâncias, a dignidade, na sua dimensão assistencial (protetiva) da pessoa humana poderá prevalecer em face da dimensão autonômica. De tal sorte, ao indivíduo que lhe faltar as condições para uma decisão própria e responsável poderá perder a sua capacidade de autodeterminação (pela nomeação de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico), restando-lhe, porém, o direito de ser tratado com dignidade.

Por derradeiro, o professor Ingo Wolfgang Sarlet conceitua:

---

64 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. *Dimensões da dignidade:* ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

65 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. *Dimensões da dignidade:* ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

> [...] tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[66]

Seguindo os ensinamentos do citado professor, a dignidade é uma qualidade intrínseca do ser humano, não podendo ser considerada como algo que possa ser concedido pelo ordenamento jurídico nem retirado de nenhum ser humano, embora possa ser violada, podendo-se, portanto, exigir respeito e proteção a ela.

E mais, o professor Ingo Wolfgang Sarlet[67] atribui a dignidade da pessoa humana como princípio (e valor) fundamental do ordenamento jurídico brasileiro (CF/88, art. 1°, III), significando que o Constituinte de 1988 reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, reforçando a idéia de dignidade como limite e tarefa dos poderes estatais; e é fundamento, direta ou indiretamente, dos direitos humanos e, em especial, dos direitos e garantias fundamentais.

No mesmo sentido, é o entendimento de Antônio-Enrique Pérez Luño,[68] segundo o qual o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional. Arion Sayão Romita[69] também consagra a dignidade da pessoa humana como valor supremo e fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro, quando pondera que a

---

66 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. *Dimensões da dignidade:* ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

67 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. *Dimensões da dignidade:* ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

68 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución.* 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991. p. 288-289.

69 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 267.

dignidade da pessoa humana fundamenta dois princípios estruturantes do Estado brasileiro: o Estado de direito e a democracia.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana está consagrada na Constituição brasileira de 1988, no Título I, Dos Princípios Fundamentais, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). E mais, a dignidade não está assegurada apenas no dispositivo constitucional retromencionado, mas permeia todo o texto constitucional. O art. 170, *caput*, da Constituição Federal estabelece que "[...] a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna [...]". O art. 227, *caput*, impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito (entre outros) à dignidade. O art. 230, *caput*, afirma que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade. Ao assinalar, no art. 3°, IV, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, a Constituição proclama (ainda que de forma implícita) o fundamental valor da dignidade, cujo respeito se encontra na base de qualquer ato, conduta ou atitude voltada para o atingimento do referido objetivo.

Diante dessas considerações, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a essência ou o núcleo basilar e informador do ordenamento jurídico pátrio, exercendo um papel axiológico na orientação, na compreensão e na hermenêutica do sistema constitucional, ou seja, constitui um princípio fundamental de todo o ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de fundamentar todos os direitos humanos e, em especial, os direitos fundamentais (inclusive os sociais), quer estejam positivados, quer não, por força do § 2° do art. 5° da Carta de 1988 que é expresso ao dispor que "[...] os direitos e garantia expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

1.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE (ISONOMIA)

A busca da igualdade entre os homens não é recente. Alguns autores atribuem a inserção do princípio da igualdade aos estóicos, outros, ao Cristianismo, tendo triunfado com a Revolução Francesa de 1789.[70] Todavia a origem e a evolução histórica do princípio da igualdade, apesar de importante, não será objeto de investigação do presente estudo, que ficará limitado a buscar a atual concepção de igualdade, com as suas especificações, nomeadamente, a igualdade formal, a igualdade material, a igualdade perante a lei e a igualdade na lei.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,[71] de 1789, em seu art. 1°, preceitua que todos os homens nascem e permanecem iguais em direitos. Como leciona Alice Monteiro de Barros, o princípio da igualdade trazido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão traduzia uma reação contra os privilégios da natureza e do clero oriundos do regime feudal, no entanto não impediu que outras desigualdades se instalassem no novo regime[72] e, infelizmente, ainda hoje, permanecem as mais diversas desigualdades entre os homens, gerando um exército de excluídos. Enfim, nas palavras de José Afonso da Silva: "[...] porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais".[73]

Visando à eliminação dessa chaga social, a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu preâmbulo, eleva o princípio da igualdade a um dos “[...] valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”; assegura que “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (art. 5°, *caput*); assim como proclama ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “[...]

---

70 BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 1995. p.130.

71 FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte da França, em 26-8-1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html>. Acesso em: 5-10-2007.

72 BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 1995. p.130.

73 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 18. ed. São Paulo: Revista dos

erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3°, III).

Essa concepção é reforçada em muitos outros dispositivos do texto constitucional, que vedam a discriminação ou estabelecem políticas públicas para a igualização de condições desiguais. Como exemplo, do art. 5° da Constituição – que consagra os direitos e deveres individuais e coletivos dos cidadãos em geral – se extraem as seguintes normas de promoção da igualdade: "[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição"(inciso I); "[...] ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política [...]" (inciso VIII); "[...] a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (XLI); "[...] a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (XLII). O art. 7° da Constituição – que assegura direitos aos trabalhadores urbanos e rurais – também prevê normas de igualização, conforme se extraem de seus incisos: XXX – que proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI – que proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII – que proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; e XXXIV – que estabelece a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso. O art. 12 da Constituição – que trata da nacionalidade – em seu § 2°, estabelece que "[...] a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo os casos previstos nesta Constituição". No que concerne à ordem econômica e financeira, a Constituição Federal, no § 1° do inciso II de seu art. 173, assegura a isonomia de tratamento entre os empregados das empresas privadas e os empregados das empresas públicas, das sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Nesse contexto, reportando-se à noção de princípios e regras já enfocada, verifica-se que o constituinte de 1988 deu enfoque especial à igualdade, que se apresenta,

---

Tribunais, 2000. p. 195.

no texto constitucional, tanto como princípio quanto como regra constitucional. A igualdade, portanto, atuando como norma jurídica – como regra e princípio constitucional – deverá nortear toda a lógica jurídica, tanto como função interpretativa do sistema jurídico quanto como função normativa própria, ou seja, a norma jurídica da igualdade deverá ser usada para interpretar o sistema jurídico, assim como para normatizá-lo supletivamente e de forma concorrente com outras regras existentes.[74]

Diante dessas constatações, conclui-se que a atual concepção de igualdade não destoa do célebre entendimento de Aristóteles, para quem igualdade consistia em "[...] tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualam",[75] sendo certo que a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar de forma equânime todos os cidadãos.[76]

Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças, como preleciona Lutiana Nacur Lorentz:

> [...] a igualdade como norma Constitucional deve ser lida como a obrigatoriedade de tratamento isonômico entre todos os cidadãos e a possibilidade de tratamentos diferenciados a pessoas ou grupos que, por sua qualidade diferencial ou desequilíbrio fático com relação ao resto da sociedade, necessitam de um tratamento diferente, justamente porque igualdade pressupõe o respeito e a preservação das diferenças individuais e grupais, ou da diversidade que é inerente à natureza humana.[77]

A igualdade de todos há de desenvolver-se sob a égide da obrigatoriedade da redução das desigualdades. Em outras palavras, não basta que o Estado se abstenha de discriminar, de considerar igualmente as pessoas, mas faz-se necessário que o Estado atue, positivamente, no sentido de reduzir as desigualdades sociais, intervindo como agente ativo de promoção de políticas de

---

[74] LORENTZ, Lutiana Nacur. Igualdade e diferença como direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do Trabalho,* Brasília: LTr, n. 27, p. 88-122, mar. 2004.

[75] BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANNA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Org.). *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000. p. 28-35.

[76] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 10.

[77] LORENTZ, Lutiana Nacur. Igualdade e diferença como direitos fundamentais. *Revista do*

igualdade.

No entanto a implementação de uma igualdade real e efetiva para todos não é tarefa fácil, como adverte Celso Ribeiro Bastos:

> É o princípio da igualdade um dos mais difícil de tratamento jurídico. Não se trata, como se vê, um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante bens da vida. Essa igualdade, contudo, a despeito da carga humanitária e idealista que traz consigo, até hoje nunca se realizou em qualquer sociedade humana. São muitos os fatores que obstaculizaram a sua implementação: a natureza física do homem, ora débil, ora forte, a diversidade da estrutura psicológica humana, ora voltada para a dominação, ora para a submissão, sem falar nas próprias estruturas políticas e sociais, que na maior parte das vezes tendem a consolidar e até a exacerbar essas distinções, em vez de atenuá-las.[78]

Também é importante observar que o princípio da igualdade está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, como preleciona o professor Ingo Wolfgang Sarlet:

> Também o direito geral de igualdade (princípio isonômico) encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.[79]

Considerando a abrangência do princípio da igualdade, bem como a evolução de seu significado, são importantes breves esclarecimentos sobre as expressões “iguais perante a lei” e "iguais na lei" à luz do Direito Constitucional, na medida em que a igualdade de todos os seres humanos, proclamada na Constituição Federal de 1988, deve ser encarada e compreendida, basicamente, sob dois pontos de vista distintos, quais sejam: o da igualdade formal e o da igualdade material.

Ministério Público do Trabalho, Brasília: LTr, n. 27, p. 88-122, mar. 2004.

78 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 165.

79 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 87.

1.4.1 Distinção entre “igualdade perante a lei”, “igualdade na lei”, “igualdade formal” e “igualdade material”

A “igualdade formal” (princípio da isonomia) também chamada de “igualdade perante a lei”, deita raízes na teoria constitucional clássica, herdeira do pensamento de Rousseau,[80] criada com a finalidade de acabar com os privilégios oriundos do Estado estamental, aquele Estado no qual os cidadãos são divididos em castas sociais, dispostas numa rígida ordem hierárquica, com privilégios apenas para os superiores.[81] Trata-se de um princípio universalmente acolhido pelas constituições. Modernamente, encontra-se enunciado em muitas constituições, conforme destaca conforme Norbert Bobbio,[82] nas Constituições francesas de 1791, 1793 e 1795; no art. 6° da Constituição belga de 1830; no art. 109, § 1°, da Constituição de Weimar (1919); no art. 7°, § 1°, da Constituição austríaca (1920); no art. 71 da Constituição búlgara (1947); art. 3° da Constituição italiana (1 948). Na atualidade, destaca-se a Constituição Federal brasileira de 1988, que estabelece expressamente, em seu art. 5°, *caput:* “Todos são iguais perante a lei [...]”.

O princípio da isonomia é entendido por meio de duas fórmulas: “igualdade perante a lei” e a “lei é igual para todos”. Trata-se, na verdade, de um princípio genérico, de igualdade meramente formal, típica do Estado Liberal, pretendendo apenas a aplicação das normas jurídicas gerais aos casos concretos de conformidade com o que elas estabelecem, mesmo que daí resulte alguma discriminação.[83] O Estado foi o seu principal alvo, a fim de proteger o cidadão, em razão da disparidade de posições: de um lado, o Estado exercente de uma autoridade não refreada pela lei; de outro, o cidadão sem meios para resistir às arbitrariedade cometidas pelo poder soberano do Estado. Entretanto o juiz e o legislador também foram atingidos pelo

---

80 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.* Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 73-85.

81 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 27.

82 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 25-26.

83 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 309.

princípio da igualdade. O juiz, na aplicação da lei, deve fazer de forma isonômica para todos que se encontrarem na mesma situação. Por seu turno, o legislador, na criação das normas jurídicas, não deve fazer distinções injustificadas.

Por isso, Robert Alexy,[84] utilizando a fórmula de G. Anschütz, destaca que as leis devem ser aplicadas sem ser tomada em conta a pessoa. A aplicação heterogênea da lei é arbitrária e configura privilégio que o princípio da isonomia procurou evitar.

Nesse sentido é o magistério de Norberto Bobbio:

> [...] o princípio da igualdade perante a lei é, também ele, como todas as fórmulas igualitárias, genérico. Com efeito, a *communis opinio* o interpreta como prescrevendo a exclusão de qualquer discriminação arbitrária, seja por parte do juiz ou do legislador, onde por discriminação arbitrária entende-se aquela introduzida ou não eliminada sem uma justificação, ou, mais sumariamente, uma discriminação não justificada (e, neste sentido, injusta).[85]

A igualdade perante a lei, portanto, é apenas uma forma genérica, historicamente determinada de igualdade de direito ou dos direitos.

Como o princípio da igualdade estava introduzido no ordenamento jurídico, acreditava-se que a igualdade jurídica estava aperfeiçoada, todavia não se discutia "[...] qual igualdade deve ser concebida e assegurada pela ordem jurídica, menos ainda como se garantir a igualdade sobre a qual se conclua existir".[86] Essa concepção de igualdade, então, mostrou-se insuficiente, numa atitude estatal estática ou passiva, de evidente omissão e exacerbação das desigualdades fáticas, sem qualquer preocupação ou mecanismo com a materialidade do princípio. Por isso, a doutrina e a jurisprudência passaram a atribuir a expressão "igualdade perante a lei" um novo significado: "igualdade na lei" ou "igualdade em direitos".

---

[84] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2002. p. 382.

[85] BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 28.

[86] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade.* Minas Gerais: Lê, 1990. p. 41.

A “igualdade na lei” significa algo mais do que a simples “igualdade perante a lei”. Compreende não apenas o direito de todos serem considerados iguais perante a lei, mas também a possibilidade de usufruir, sem qualquer discriminação, de todos os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados (o que não significa serem reconhecidos de fato), tais como os direitos civis e políticos, geralmente proclamados em todas as Constituições modernas. Nesse sentido, dispõe o art. 1° da Declaração Universal dos Direitos do Homem:[87] “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A Constituição brasileira de 1988 também contempla normas visando à igualdade real, por exemplo, quando assegura o benefício previdenciário à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios para prover a própria subsistência ou de tê-la provida pela família (inciso V do art. 203). A igualdade em direito traduz a concretização de um imperativo de justiça, porque nada mais injusto do que dispensar tratamento desigual a seres iguais por motivos arbitrários.[88]

Surge, assim, a igualdade material, em contraposição à igualdade formal, na busca da igualdade de fato, real ou substancial, que se preocupa com o destinatário da norma, com tratamento equânime e uniforme para todos os seres humanos, bem como com a sua equiparação no que diz respeito ao acesso de oportunidades. Do Estado passa-se a exigir um comportamento positivo – deixando de ser um mero espectador, um Estado abstencionista –, para atuar em favor dos menos favorecidos, como caminho de equilíbrio social.[89] Nas sábias palavras da professora Cármen Lúcia Antunes Rocha:

> Estabelece-se, portanto, a imperatividade de observância da igualdade nas oportunidades sócio-econômicas e a vedação de discriminação que impeçam o exercício livre e igual de oportunidades, as quais, se não existirem legalmente, deverão ser criadas pelo Direito. Somente, então se terá a efetividade do princípio jurídico da igualdade materialmente

---

87 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Resolução n° 217, na 3ª Sessão Ordinária da As sembléia Geral da ONU, em Paris, em 10-12-1948. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 419-422.

88 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 309.ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 309.

89 LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho.* São Paulo: LTr, 2006. p. 54.

assegurado.[90]

Enfim, para que realmente seja implementado o Estado Democrático de Direito, com o asseguramento dos direitos sociais e individuais a todos os cidadãos, torna-se imprescindível a realização de uma igualdade real, capaz de reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.

Por seu turno, a "igualdade de direito" opõe-se à "igualdade de fato" e corresponde à contraposição entre igualdade formal e igualdade material. Já a "igualdade jurídica" – de âmbito mais estreito – reveste o atributo particular que faz de todo membro da coletividade um sujeito de direito, dotado de capacidade jurídica.[91]

1.5 O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO

A não-discriminação, como já destacado, consiste na igualdade em direitos (igualdade na lei). É a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade, cujo reconhecimento, como valor constitucional, inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto.[92]

O princípio da igualdade mereceu um tratamento ímpar na Carta de 1988. O termo "discriminação" é mencionado, por diversas vezes, no texto constitucional, contudo não há qualquer referência a seu significado. Por outro lado, inúmeros diplomas internacionais que tratam da discriminação trazem, em suas disposições, importantes definições sobre atos discriminatórios. Tais diplomas, todavia, tratam da proteção de grupos específicos.

O art. 1° da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de

---

[90] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade.* Minas Gerais: Lê, 1990. p. 41-42.

[91] ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho.* 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 310.

[92] BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 1995. p. 130.

Discriminação Racial,[93] ratificada pelo Brasil, define a discriminação racial nos seguintes termos:

> Art. 1° Para fins da presente Convenção, a expressão 'discriminação racial' significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher,[94] ratificada pelo Brasil, em seu art. 1°, define a "discriminação contra a mulher":

> Art. 1° Para fins da presente Convenção, a expressão 'discriminação contra a mulher' significa toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

A Convenção Interamericana Para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência,[95] também ratificada pelo Brasil, no item 2, *a*, de seu art. 1°, apresenta definição de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência nos seguintes termos:

> Art. 1° Para os efeitos desta Convenção entende-se por:
> 1. Deficiência

---

93 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução n° 2.106-A da XX Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21-12-1965, ratificada pelo Brasil, em 27-3-1968 (sem reservas) e promulgada pelo Decreto n° 65.810, de 8-12-1969. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 495-504.

94 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, adotada pela Resolução n° 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18-12-1979, ratificada pelo Brasil, em 1-2-1984, e promulgada pelo Decreto n° 4.377, de 13-9-2002, que revogou o Decreto n° 89.460, de 20-3-1984. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 504-512.

95 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana Para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovada pelo Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos, em 26-5-1999. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n° 198, de 13-6-2001, passando a vigorar em 14-9-2001 e promulgada pelo Decreto n° 3.956, de 8-10-2001.

> [...]
> 2. Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência
> a) O termo 'discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência' significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, conseqüência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

A Convenção n° 111 da Organização Internacional do Trabalho,[96] que trata da discriminação nas relações de trabalho, em seu preâmbulo, considerando o disposto na Declaração de Filadélfia – que afirma que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidade iguais –, deixa claro que a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Já o art. 1°, item 1, *a*, da Convenção n° 111 da Organização Internacional do Trabalho tra z a definição de discriminação:

> Art. 1. Para os fins da presente convenção o termo 'discriminação' compreende:
> a)Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Dos textos em destaque, infere-se que os atos discriminatórios seriam aqueles que incorressem em uma distinção, exclusão, restrição ou preferência. Em outras palavras, seria uma distinção como um ato aparentemente neutro, ou uma exclusão ou uma limitação referindo-se a atos prejudiciais ou, ainda, uma preferência, implicando vantagens para uns e prejuízos para outros, com o propósito de anular, destruir ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício de oportunidades, ou de tratamento, em um mesmo plano (em igualdade de condições) de direitos e liberdades fundamentais.

---

[96] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n° 111 da OIT, aprovada na 42ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, em 1958, entrou em vigor no plano internacional em 16-6-1960. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n° 104, de 24-11-1964, ratificada em 26-11-1965, promulgada pelo Decreto n° 62.150, de 19-1-1968, vigente no Brasil desde 26-11-1966. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/conv58.htm>. Acesso em: 5 out. 2007.

O princípio da não-discriminação, portanto, visa a coibir desequiparações fortuitas ou injustificadas. O próprio ordenamento jurídico prevê situações de tratamento desigual. Nessa direção, a Constituição Federal brasileira de 1988 prevê: imunidades parlamentares; prerrogativas de foro *ratione muneris* em benefício de determinados agentes políticos; exclusividade do exercício de determinados cargos públicos somente a brasileiros natos; acessibilidade de cargos públicos somente a brasileiros, excluídos os estrangeiros; vedação da alistabilidade eleitoral a determinadas pessoas.

Como a própria Constituição da República autoriza o tratamento desigual em determinadas situações, a grande questão está em definir em que situações o discrímen é possível. Celso Antônio Bandeira de Mello[97] debruça-se sobre essa questão e, após analisar inúmeros exemplos de discriminação, elabora critérios para a identificação do desrespeito à isonomia: o elemento tomado como fator de desigualação (fator de discrímen); a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e a consonância da correlação lógica eleita com os interesses absorvidos no sistema constitucional. Por fim, conclui que somente a análise conjugada desses três aspectos é que permitirá aferir se ocorreu – ou não – quebra da igualdade real de tratamento.

Nesse passo, colhendo os ensinamentos de Bandeira de Mello,[98] para que a norma jurídica não venha a ferir o princípio da isonomia, é preciso que seja observado: o fator de discrímen, em hipótese alguma, venha atingir de maneira absoluta e atual um só indivíduo; deverão ser distintas entre si as pessoas ou situações que sofrerem a discriminação, não podendo a lei discriminar quanto a qualquer elemento exterior a elas, por exemplo, quanto ao tempo; deverá existir um nexo lógico entre o fator de discrímen e a própria discriminação de regime jurídico em função deles estabelecido; e que esse vínculo de correlação seja pertinente em função dos

---

97 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 22.

98 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 22.

interesses constitucionalmente protegidos, visando ao bem público, à luz do texto constitucional.

Há, ainda, outra forma de discriminação legítima, é a chamada “discriminação positiva” ou “ação afirmativa”, que será examinada no capítulo seguinte, juntamente com as modalidades de discriminação.

1.6 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

No ordenamento jurídico pátrio vigente, a solidariedade foi insculpida expressamente no Título I – Dos Princípios Fundamentais – da Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 3º, I, a saber: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]”.

De pronto, pela simples interpretação literal, exsurge que a solidariedade compõe um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Ou seja, as ações a serem desenvolvidas por todos, tanto pelo Estado como pela sociedade, deverão atender diretamente ou estar relacionadas, de alguma maneira, aos ditos objetivos fundamentais. Tal dispositivo constitucional anuncia, portanto, uma das finalidades para as quais o Estado Democrático de Direito foi criado: criação de uma sociedade livre, justa e solidária.

Esse dispositivo possui elevado grau de abstração, na medida em que não foi direcionado para nenhum sujeito em particular. Ao contrário, revela grande carga de generalidade, atingindo indistintamente a todos que estiverem submetidos à ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, no sentido de promover um estado ideal de sociedade a ser alcançado pelo povo brasileiro.

Nessa ótica, a Constituição consagra um generoso rol de direitos sociais (arts. 6° a 11) e condiciona a tutela da propriedade ao cumprimento da função social (art. 5°, XXIII, e 170, II), assim como proclama que objetivo da ordem econômica é “[...]

assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]" (art. 170, *caput*).

A solidariedade enunciada no texto constitucional pode ser vista ao mesmo tempo como valor ético e como princípio positivado, já que revela uma obrigação moral ou um dever jurídico. Além disso, como destaca Ricardo Lobo Torres,[99] a solidariedade penetra na temática da liberdade, em virtude de sua dimensão bilateral de direitos e deveres, atuando, principalmente, sobre os direitos difusos, também chamados de direitos da solidariedade.

Por isso, com propriedade, afirma Fábio Konder Comparato:

> A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifício dos direitos civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais. É o princípio da solidariedade que constitui o fecho de abóbada de todo o sistema de direitos humanos.[100]

A solidariedade, portanto, não é apenas uma virtude altruísta, convertendo-se em princípio constitucional, capaz de gerar direitos e obrigações, inclusive na esfera privada.[101]

O princípio da solidariedade no sistema jurídico brasileiro veio a ser confirmado com a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Assembléia Geral das Nações Unidas,[102] em 19-12-1966, ratificado pelo Brasil, vigente, no sistema doméstico, desde 1992, de tal sorte que o elemento comum dos direitos nele declarados é a proteção das classes ou

---

99 TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e sociais:* estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.

100 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 333.

101 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. p. 71.

102 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela 21ª Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 19-12-1966, aprovado no Brasil, pelo Decreto Legislativo n° 226 , de 12-12-1991, promulgado pelo Decreto n° 591, de 6-7-1992. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 488-495.

grupos sociais desfavorecidos, contra a dominação socioeconômica exercida pela minoria rica e poderosa.

2 DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO

É certo que a redução das desigualdades sociais constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Não menos certo é que, no momento atual, conhecido como globalização, os índices de desigualdades sociais são cada vez maiores. Segundo Daury Cesar Fabriz,[103] a globalização – também denominada por sociedade da comunicação e da informação, pós-industrial ou pós-moderna, transnacionalizada ou desmaterializada – apresenta-se como um novo modo de dominação dos países mais ricos sobre os mais pobres, tendo por apanágio a grande mídia e o universo virtual, gerando exclusão em níveis políticos, econômicos e sociais.

No mundo globalizado, marcado pela desigualdade de oportunidades, com uma massa de desempregados e excluídos, o acesso ao mercado de trabalho está cada vez mais difícil, e os grupos menos favorecidos – como os pobres, os pardos e os negros – são os mais vulneráveis. A despeito de o sistema jurídico normativo brasileiro assegurar a todos igualdade de direitos, sem distinção de qualquer espécie, de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, nascimento, ou qualquer outra condição, ainda persiste uma cultura de discriminação, que adquire contornos mais graves não só quando se trata da busca do pleno emprego, mas também no contexto desigual das relações de trabalho entre empregados e empregadores.

A pesquisa de emprego do IBGE,[104] de março de 2004, é reveladora, pois informa que, no Brasil, há uma hierarquia salarial conforme o gênero e a etnia do

---

[103] FABRIZ, Daury Cesar. *A estética do direito.* Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1999. p. 115-116.

[104] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA (IBGE). Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 3 abr. 2006.

trabalhador: homens brancos recebiam R$ 7,16/hora, enquanto mulheres brancas recebiam R$ 5,69/hora; homens pardos ou negros recebiam R$ 3,45/hora e as mulheres pardas ou negras recebiam R$ 2,78/hora. Assim, no topo da pirâmide salarial, está o homem branco, seguido da mulher branca e do homem pardo ou negro, ficando a mulher parda ou negra na base da pirâmide.

Ainda de acordo com o referido relatório do IBGE, os dados da pesquisa mensal de emprego (PME) não indicam mudanças expressivas na composição por cor ou raça da população brasileira, assim como em sua participação no mercado de trabalho, quando diferentes épocas são comparadas. Tal fato demonstra uma persistente situação de desvantagem da mulher e do negro na sociedade brasileira, ao longo da história, e uma clara tendência à etnização e feminização da pobreza.

Esse quadro permite concluir que a simples proibição genérica e abstrata prevista no sistema jurídico normativo não tem inibido a discriminação, nem proporcionado a adequada inserção e permanência dos grupos menos favorecidos no mercado de trabalho, sendo certo que a igualdade de todos, prevista no *caput* do art. 5° da Constituição da República, há de desenvolver-se sob a égide da obrigatoriedade da redução das desigualdades.

É que tanto o jogo econômico quanto o jogo político desmentem, a cada instante, o ideal de isonomia, propondo soluções que acentuam a desigualdade em níveis nunca vistos. Assim, é cada vez maior a legião de excluídos – palavra terrível que marca os que não têm, sequer, cidadania.[105]

Especialmente no contrato de trabalho, a proteção contra a discriminação faz-se ainda mais necessária, diante do fato de que, nesse contrato, as partes são originariamente desiguais, em virtude dos efeitos do vínculo de emprego, que atribui, de um lado, o poder diretivo ao empregador e, de outro, o dever de subordinação ao empregado. Daí, em virtude da liberdade desfrutada pelo empregador, no exercício

[105] VIANNA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios: análise da Lei n° 9.029. In: VIANNA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000a. p. 354-367.

de seu poder diretivo, o respectivo terreno se torna fértil para o surgimento de casos de práticas discriminatórias.106

2.1 CONCEITO DE DISCRIMINAÇÃO

Como já destacado em linhas pretéritas, a definição de discriminação, no plano internacional, é dada pelo art. 1° da Convenção n° 111 da Organização Internacional do Trabalho:[107]

> Art. 1. Para os fins da presente convenção o termo 'discriminação' compreende:
> a)Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

Após minucioso exame do sistema jurídico normativo – tanto na ordem jurídica interna como no âmbito internacional – sobre os princípios da igualdade e da não discriminação, Firmino Alves Lima assinala:

> Há discriminação nas relações de trabalho quando um ato ou comportamento do empregador, ocorrido antes, durante e depois da relação de trabalho, implica uma distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseado em uma característica pessoal ou social, sem motivo razoável e justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e vantagens trabalhistas asseguradas, bem como direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho.[108]

Por seu turno, Maurício Godinho Delgado[109] afirma: "[...] discriminação é a conduta pela qual nega-se [sic] à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada". Especificamente, sob o

---

106 FERREIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 373.

107 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n° 111 da OIT. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/conv58.htm>. Acesso em: 5 out. 2007.

108 LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho.* São Paulo: LTr, 2006. p. 135.

109 DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000. p. 97-114.

enfoque trabalhista, José Cláudio Monteiro de Brito Filho[110] formula a sua definição: "[...] discriminar, em matéria de trabalho, é negar ao trabalhador a igualdade necessária que ele deve ter em matéria de aquisição e manutenção do emprego, pela criação de desigualdades entre pessoas".

Tem-se, assim, que toda distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, idade, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional, origem social ou qualquer fator não razoável de discrímen praticada pelo tomador dos serviços, que tenha por objetivo prejudicar, destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou ocupação, inclusive diferenciação das condições de trabalho, constitui discriminação.

A discriminação no contrato de trabalho ocorre, por exemplo, quando o empregador trata de forma diferenciada seus empregados ou candidatos a uma vaga de emprego, sem ter um motivo razoável para tanto. Tal conduta pode estar fundada na exclusão ou na preferência por determinado trabalhador, como no caso de recusar emprego à pessoa idosa ou dispensar empregado por ser portador do vírus HIV/AIDS.

O efeito da discriminação é negar tratamento compatível com a situação concreta em que ela se evidencia, impedindo iguais oportunidades para os que se encontram na mesma situação e permitindo, por outro lado, tratamento inferiorizado à pessoa discriminada, sem qualquer fundamento razoável. O que se proíbe é a discriminação desarrazoada ou descabida.

Os casos condenáveis de discriminação são aqueles cujos motivos escolhidos para distinção, avaliação e julgamento dos grupos ou pessoas vítimas da discriminação são injustos e irrazoáveis, não justificando, de forma alguma, a atuação negativa em relação a elas. Por isso, a discriminação nada mais é do que uma das mais terríveis afrontas ao tão importante princípio da igualdade e, conseqüentemente, ao princípio da dignidade humana.

---

[110] BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho.* São Paulo: LTr, 2002. p. 43.

2.2 CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 442, *caput*, preceitua: "[...] contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego". Esse conceito é criticado pela doutrina – como Alice Monteiro de Barros[111] e Carlos Henrique Bezerra Leite[112] – sob os seguintes fundamentos: primeiro, porque condiciona a definição do contrato de trabalho à definição de relação de emprego, quando, na verdade, o contrato não corresponde à relação de emprego, mas propicia o surgimento daquela relação; segundo, porque não desvela os elementos integrantes do contrato empregatício; e, terceiro, porque o referido enunciado produz um verdadeiro círculo vicioso de afirmações (contrato/relação de emprego; relação de emprego/contrato).

A relação jurídico-trabalhista, por força de lei (arts. 2°, 3° da Consolidação das Leis do Trabalho), vincula a subordinação do prestador de serviços ao empregador, detentor do poder diretivo.[113]

Partindo dessas premissas, Alice Monteiro de Barros, assim define o contrato de trabalho:

> O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, *pessoalmente*, em favor do segundo um serviço de *natureza não-eventual*, mediante *salário* e *subordinação jurídica*. Sua nota típica é a *subordinação jurídica*. É ela que irá distinguir o contrato de trabalho dos contratos que lhe são afins e, evidentemente, o trabalho subordinado do trabalho autônomo. O contrato de trabalho é, portanto, um negócio jurídico bilateral em que 'os interesses contrapostos' se acham presentes com mais intensidade do que em outros contratos, dependendo da categoria profissional e econômica a que pertençam os co-contratantes. O conflito contratual acaba por se tornar a projeção de um conflito social (grifos do original).[114]

Merece destaque o conceito elaborado pelo professor Carlos Henrique Bezerra

---

[111] BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 211.
[112] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho:* teoria geral e direito individual do trabalho. Curitiba, PR: Juruá, 2000. v. I, p. 205.
[113] BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 211.

Leite,[115] pela clareza e poder de síntese, para quem o contrato individual de trabalho é "[...] o negócio jurídico regulado pelo Direito do Trabalho que estabelece um conjunto de direitos e obrigações tanto para o empregado como para o empregador".

O contrato de trabalho, portanto, assume as seguintes características: contrato de direito privado, bilateral ou sinalagmático, consensual, *intuito personae*, de trato sucessivo, de atividade, oneroso, dotado de alteridade e complexo.

É de direito privado devido à natureza essencialmente privada não só dos sujeitos contratantes, empregado e empregador (mesmo o Estado quando contrata empregados, sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, age, pois, como particular, sem prerrogativas especiais em face da legislação trabalhista), como também dos interesses envolvidos.

Cabe ressaltar que a imperatividade das normas justrabalhistas (uma característica do Direito do Trabalho) não transforma o contrato empregatício em contrato de Direito Público.

Contrato bilateral ou sinalagmático, porque existem obrigações contrárias, contrapostas. As partes se obrigam reciprocamente, ou seja, a cada obrigação de fazer, prestar o serviço, corresponde a uma obrigação de dar, pagar o salário, equivalente. O trabalhador presta serviços de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo empregador e este o remunera e propicia as condições necessárias para que o trabalho se realize.

Contrato consensual porque o pacto não se sujeita a formalidades imperativas (ausência de formas especiais prescritas em lei, salvo algumas exceções, como o contrato de aprendizagem previsto no art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho.

---

[114] BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 211-212.

[115] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho:* teoria geral e direito individual do trabalho. Curitiba, PR: Juruá, 2000. v. I, p. 206.

É contrato celebrado *intuito personae.* Trata-se de característica que se refere apenas ao empregado (o empregado não poderá se fazer substituir por outrem na prestação dos serviços). No que tange ao empregador, predomina a impessoalidade, enquanto o empregado é figura subjetivamente infungível, sob pena de descaracterizar a relação de emprego. É atividade pessoal do empregado e, por isso mesmo, não pode ser pactuada por pessoas jurídicas (que contratam, não obstante, prestação de serviços no sentido amplo).

Contrato de trato sucessivo, porque a prestação de serviços não se esgota com a realização de um ato singular, pois a exigência de prestar trabalho e a obrigação de pagar salário renova-se mês a mês. A relação de trabalho é uma relação de "débito permanente", que incorpora como elemento típico a continuidade, a duração.[116]

Já o contrato de atividade, característica associada à anterior, revela que o contrato de trabalho tem como uma de suas obrigações centrais a prestação de fazer, realizar o trabalho, que se cumpre no tempo.

Contrato oneroso porque impõe obrigações economicamente mensuráveis para ambas as partes, ou seja, prestação de trabalho *versus* pagamento de salário. A troca de sacrifícios e vantagens na dinâmica contratual.

Contrato dotado de alteridade, porque a prestação laboral do tipo empregatícia corre por conta alheia ao prestador. Somente ao empregador e, somente a ele, compete o risco da atividade econômica. Portanto, o risco inerente à prestação de serviços e ao seu resultado, além dos riscos do próprio empreendimento empresarial, são todos estranhos à figura do prestador (o trabalhador, portanto), recaindo sobre o tomador dos serviços (empregador).

Contrato de adesão porque, em geral, o empregado adere às condições impostas pelo empregador.

---

[116] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho.* 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 494

O contrato complexo, ou seja, acompanhado de outros contratos, traz como característica a possibilidade de associar-se a outros contratos, que tendem a ter perante ele uma relação de acessoriedade, como ocorre com o comodato de imóvel residencial.

2.3 O PODER DIRETIVO COMO FATOR DE DISCRIMINAÇÃO

O art. 2° da Consolidação das Leis do Trabalho, ao tempo que atribui ao empregador a assunção dos riscos da atividades, confere-lhe o poder de direção da prestação dos serviços, também chamado de poder de comando ou poder hierárquico,[117] que consiste, nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento,[118] na faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado deve ser exercida.

No que tange à natureza jurídica, há duas correntes majoritárias: na primeira, o poder empregatício tem natureza jurídica de direito potestativo, no sentido de que nada pode impedir o exercício do poder de direção, pois aqueles que se submetem a ele deverão, necessariamente, sujeitar-se ao empregador; na segunda, a natureza jurídica é de direito-função (direito-dever), tendo em vista atribuir ao titular o poder de agir em tutela de interesse alheio, e não de estrito interesse próprio (o titular do poder empregatício também está submetido a um dever, cumprindo-lhe praticar condutas de tutela de interesses alheios, que devem ser protegidos).

O direito potestativo, com propriedade, é explicado por Leonardo Vieira Wandelli,[119] em sua brilhante dissertação sobre “Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade”, a partir do conceito de direito subjetivo, a saber: o “direito subjetivo”, em sentido amplo, do titular ativo, corresponde ao titular

---

[117] LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. *Curso de direito do trabalho:* teoria geral e direito individual do trabalho. Curitiba, PR: Juruá, 2000. v. 1. p. 122.

[118] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 433.

[119] WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade.* São Paulo: LTr, 2004. p. 334.

passivo: um dever jurídico de fazer algo ou de abster-se; ou um estado de sujeição ao exercício do direito, pelo titular ativo, que lhe atinge a esfera jurídica. No primeiro caso, extrai-se o conceito de direito subjetivo propriamente dito, o titular ativo depende da prestação – ação ou abstenção – alheia para satisfazer-se, dotando-lhe o ordenamento, de vias coativas para obtê-lo em caso de descumprimento. Já no segundo caso, extrai-se o direito potestativo, pois o titular ativo simplesmente exerce o seu direito, constituindo, modificando ou extinguindo a relação jurídica, ou seja, o titular ativo não depende de qualquer ação ou omissão do titular passivo da relação´, dependendo apenas de sua própria vontade para a produção do efeito jurídico.

Dessa forma, o titular passivo de uma relação correlata a um direito subjetivo tem a possibilidade de cumprir ou não o seu dever, mesmo sujeitando-se à sanção ou o cumprimento por vias coativas. Todavia o titular passivo de uma relação correlata a um direito potestativo nada pode ou precisa fazer para violar o seu estado de sujeição e frustar a produção dos efeitos jurídicos decorrentes do exercício do titular ativo. Daí, o autor afirma que o direito potestativo pode ser compreendido "[...] como capacidade configurativa da situação jurídica, independentemente da prestação do afetado".[120]

Nessa concepção, o direito potestativo trata, em verdade, de um direito incontestável.

A concepção de direito potestativo atribuída ao poder de direção prevaleceu no século XIX e teve importância até meados do século XX. Atualmente, essa ótica não se coaduna com a concepção atual dos direitos sociais dos trabalhadores, como direitos fundamentais, nem com os princípios fundamentais constitucionais.

Ora, não é só a pluralidade de direitos e deveres recíprocos entre os titulares que está em questão. O objeto da relação de emprego, por dizer respeito à vida de pessoas concretas, traz sempre consigo sua relevância a direitos conexos aos diretamente visados, aos quais, por vezes se sobrepõem. A prestação entregue pelo

[120] WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova*

trabalhador, a força do trabalho, leva consigo, inseparavelmente, a pessoa do prestador, o trabalho vivo. Nessas condições, cada característica considerada da situação é relevante para o sistema jurídico pátrio, que tem no seu centro direitos, objetivos e princípios fundamentais, que podem prevalecer sobre as disposições expressas das partes.[121]

Além disso, o próprio contrato de trabalho e a legislação impõem ao empregador uma série de obrigações positivas e negativas, tais como: pagar remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal (art. 7°, XVI, da Constituição Federal) e não discriminar o trabalhador portador de deficiência (art. 7°, XXXI, da Constituição Federal), respectivamente.

Assim, a tendência é prevalecer a segunda corrente, nas precisas palavras de Sandra Lia Simón:

> Há tendências em fazer prevalecer a tese segundo a qual a natureza jurídica do poder de direção do empregador é a de verdadeiro direito-função, pois o exercício desse direito não pode ser pautado única e exclusivamente no interesse do empresário, mas também no interesse dos trabalhadores. Isso não quer dizer que este poder ficará reduzido, mas continua válido o fato de que ele é oriundo de um direito potestativo, pois o empregador comanda e o trabalhador obedece. Contudo, a prerrogativa de mando não se deve prestar a atender apenas aos interesses exclusivos do patrão, mas sim da empresa, como integrante de uma sociedade capitalista de massas, imprescindível para o funcionamento do sistema e, conseqüentemente, para que os trabalhadores possam exercer, ainda que formalmente, liberdade inerente à relação de emprego.[122]

Para a doutrina, quase à unanimidade, o poder de direção do empregador manifesta-se mediante três formas distintas: o poder de organização, o poder de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado.

O poder de organização, ou diretivo propriamente dito, é o mais amplo poder do empregador e consiste em prerrogativas dirigidas à organização da estrutura e

---

racionalidade. São Paulo: LTr, 2004. p. 335.

[121] WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade.* São Paulo: LTr, 2004. p. 335.

[122] SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 106.

espaço empresariais internos, inclusive quanto ao processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços. Ele compreende a definição dos fins econômicos e sociais visados pela empresa e a sua estrutura jurídica, assim como a fixação de cargos e funções com as respectivas atribuições. Amauri Mascaro Nascimento[123] e Maurício Godinho Delgado[124] incluem, ainda, o poder regulamentar, considerado esse poder como a possibilidade da elaboração de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa. Não tem o condão de produzir efetivas normas jurídicas, mas sim meras cláusulas contratuais (que aderem ao contrato de trabalho), cláusulas obrigacionais.

O poder de controle, ou fiscalizatório, consiste em um conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetiva ao longo do espaço empresarial interno. O poder de controle é limitado, inclusive, por normas constitucionais (CF, art. 5º, *caput*, III, X, LIII LIV, entre outros) e infraconstitucionais (Lei n° 9 .799/99 – proibição de revistas íntimas em trabalhadoras no contexto empresarial), que classificam como ilegais medidas que venham agredir ou cercear a liberdade e a dignidade do empregado. Já o poder disciplinar é a faculdade de o empregador, impor sanções disciplinares aos seus empregados em face do descumprimento de suas obrigações contratuais. Em contrapartida ao poder diretivo do empregador, há a subordinação do empregado, que estão intimamente relacionados e se complementam. Daí a escorreita observação de Amauri Mascaro Nascimento:

> Subordinação e poder de direção são verso e reverso da mesma medalha. A subordinação é a situação em que fica o empregado. O poder de direção é a faculdade mantida pelo empregador. Ambas se completam. O empregado é um subordinado porque ao se colocar nessa condição consentiu por contrato que o seu trabalho seja dirigido por outrem, o empregador.[125]

Por outro lado, a subordinação jurídica não implica que o empregado tenha de

---

[123] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 435-436.
[124] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho.* 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 634.
[125] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

sujeitar-se a quaisquer tipos de ordens do empregador, pois o poder de direção não é absoluto, ilimitado.[126]

Márcio Túlio Viana[127] destaca alguns exemplos de limites constitucionais do poder de direção. Com base no art. 5° da Constituição de 1988, afirma que o empregador não pode: discriminar o trabalhador (incisos I e VIII); obrigar o trabalhador a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II); submeter o trabalhador à tortura, a tratamento desumano ou degradante (inciso III); impedir o trabalhador de manifestar seu pensamento (inciso IV); violar a liberdade de consciência e crença do trabalhador (inciso VI); violar a intimidade, honra, imagem e vida privada do trabalhador (inciso X); obrigar o trabalhador a associar-se ou impedi-lo de o fazer (incisos XVI, XVII e XX); obstar o seu acesso à Justiça (incisos XXXIV e XXXV).

Por isso, caso o empregador ultrapasse os seus limites, há o direito de resistência (*jus resistentiae*), que consiste no direito de o trabalhador recusar-se a cumprir ordens ilícitas e que atentem contra a dignidade do trabalhador. É o exercício regular de um direito, não gerando, desse modo, falta trabalhista. Exemplo disso pode ser extraído dos incisos IX e X do art. 659 da Consolidação das Leis do Trabalho:

> Art. 659 [...]
> [...]
> IX – conceder medida liminar, até decisão final do processo em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do art. 469 desta Consolidação.
> X – conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.

Na relação de emprego, portanto, o empregado tem o dever de subordinação jurídica, assim como tem o direito de resistir às ordens ilícitas do empregador, na medida em que o poder de direção empresarial não é ilimitado.

2.4 CAUSAS DA DISCRIMINAÇÃO

---

p. 125.

[126] SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 119.

[127] VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência,* São Paulo: LTr, 1996. p. 110.

A discriminação pode advir de muitos fatores, às vezes, até mesmo de forma inconsciente ou por preconceito. Nesse contexto, alguns conceitos são importantes.

Segundo Carlos Roberto Bacila,[128] estigma é um sinal ou marca – defeito, fraqueza ou desvantagem – que alguém possui e recebe significado depreciativo. Apresenta o estigma duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. Objetivamente, o estigma é caracterizado por um sinal exterior, como um defeito físico ou mental, a cor da pele, uma religião seguida, a vida pobre, o sexo, opção sexual, entre outros. Na dimensão subjetiva, o estigma é uma atribuição ruim ou negativa que se faz a esses estados, por exemplo: se é deficiente físico é feio ou ruim ou incapaz ou pior. Os estigmas atuam como regras de discriminação, porquanto são indissociáveis. Em geral, não importa quem o estigmatizado é, o que vale para o grupo – para a empresa – é que ele não seria bom o bastante para participar da turma, do trabalho ou para conviver de perto.

Os estereótipos, conforme Vera Lúcia Carlos,[129] constituem construções indesejáveis, chavões que são repetidos sem serem questionados. Partem de uma generalização apressada, tomando como verdade universal algo que foi observado em um ou em alguns indivíduos. São exemplos de estereótipos: asiáticos são inteligentes, judeus são sovinas, e também a associação de negros e ciganos com a criminalidade.

Nesse contexto, Carlos Roberto Bacila assevera: “Apesar de tudo, o estereótipo explica, em parte, para comportamentos idênticos objetivamente uns recebem aprovação, mas outros reprovação”.[130] Por isso, não raro, se uma pessoa, que não representa o modelo que deve seguir o ladrão (pobre, aparência ruim), cometer um ato criminoso, mesmo diante da ilicitude, deverá sair ilesa, ou, quando muito, cumprir a pena em regime aberto.

---

[128] BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas:* um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 24-30.
[129] CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho.* São Paulo: Método, 2004. p. 29-30.
[130] BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas:* um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 32.

Já o preconceito significa idéias preconcebidas; conceitos e opiniões formulados apresadamente, anteriores a qualquer experiência, implicando uma predisposição negativa. Conforme Vera Lúcia Carlos, "[...] o preconceito é uma reação individual, enquanto o estereótipo é, predominantemente, um produto cultural, que se relaciona diferentemente com o meio social, normalmente aprendido na infância".[131]

Sobre o preconceito, José Cláudio Monteiro de Brito Filho adverte:

> O preconceito, por outro lado, muito embora sua conceituação seja necessária, não pode ser considerado propriamente como categoria jurídica de análise, pois ele, em si, apesar de encerrar atitude negativa, não produz efeitos para o Direito. Por que não? Porque o preconceito, embora condenável, não atenta contra direitos subjetivos, salvo quando se exterioriza, em forma de discriminação – e aqui em qualquer forma ou grau.[132]

Nas palavras de Vera Lúcia Carlos: "[...] a veiculação de estereótipos constitui a reprodução do preconceito e acaba levando à discriminação".[133] A discriminação, portanto, nada mais é do que a forma ativa do preconceito.

Seguindo esse raciocínio, pode-se concluir que o preconceito é uma das razões que dão origem à discriminação. Todavia, além do preconceito, há outros motivos que ensejam a discriminação, como o ódio, a "superioridade racial", a antipatia, a ignorância, o temor, a intolerância e a política meditada e estabelecida.[134] Analisando as razões que podem levar à discriminação, com razão, Alice Monteiro de Barros conclui: "[...] a discriminação funda-se em fatores de cunho psicossocial, educacional ou econômico. A união desses fatores tem efeitos que se reforçam e que, por serem injustos são condenados, pouco importando a intenção de prejudicar".[135]

2.5 MOMENTO DA DISCRIMINAÇÃO

---

[131] CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho.* São Paulo: Método, 2004. p. 30.
[132] BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho.* São Paulo: LTr, 2002. p. 40.
[133] CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho.* São Paulo: Método, 2004. p. 29.
[134] BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 1066.
[135] BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 1067.

O art. 373-A, II, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei n° 9.799/99, deixa claro que a discriminação, nas relações de trabalho, pode ocorrer no período contratual, assim como durante a vigência do contrato. Diz o dispositivo legal: "[...] recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível". Todavia, a despeito de a lei não mencionar o período pós-contratual, é certo que o trabalhador pode sofrer discriminação pelo seu ex-empregador, mesmo após a extinção do vínculo empregatício.

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros afirma: "A discriminação poderá ocorrer *na admissão, no curso do contrato e na dissolução do pacto laboral*, em vários ou em alguns setores, inclusive no emprego público[...]"[136] (grifo do autor).

Antes da contratação, a discriminação opera no sentido de impedir a determinados trabalhadores a aquisição do emprego, como ocorre quando o empregador deixa de admitir trabalhador cujo nome conste nas chamadas "listas negras", ou seja, pelo simples fato de o trabalhador já ter ajuizado reclamação trabalhista. Como discriminação na fase pré-contratual, pode-se citar a praticada, recentemente, pelo município do Rio de Janeiro, ao publicar edital para seleção de guarda municipal, exigindo a quantidade mínima de 20 dentes para aprovação na avaliação médica, além de impedir que pessoas muito magras, obesas, portadoras de anomalias congênitas ou adquiridas e deficientes físicos, mental ou sensorial concorressem a uma das vagas.[137]

Durante a vigência do contrato de trabalho, também é comum ocorrer atos discriminatórios praticados pelos empregadores, mediante a delegação de tarefas inferiores – que não requeiram qualificação – e nas oportunidades de promoção.[138] As discriminações ocorridas durante o pacto laboral podem, muitas vezes, resultar

[136] BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 1065.
[137] CORREIO WEB. Disponível em: <http://www.correioweb.com.br>. Acesso: em 2 out. 2007.
[138] BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 1065.

em rompimento do contrato, como é o caso da denúncia recebida pelo Ministério Público do Trabalho, Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região – Belo Horizonte (MG), noticiando que a empresa WM Serviços de Entrega estava dispensando empregados por terem procurado o sindicato da categoria em busca de melhores condições de trabalho, como aumento salarial, fornecimento de equipamentos (jaqueta, capacetes adequados, entre outros) e ajuda de custo para a gasolina. Diante da denúncia, a prática da empresa foi obstada pelo Ministério Público do Trabalho, por meio de procedimento investigatório presidido pela procuradora do trabalho Ana Cláudia Nascimento, no qual foi firmado termo de compromisso de ajustamento de conduta pela empresa WM Serviços de Entrega, comprometendo-se, entre outras obrigações, a não discriminar, não demitir, nem retaliar empregados que busquem direitos ou denunciem irregularidades trabalhistas de forma legítima, perante entidades sindicais ou autoridades públicas, como o Ministério Público, a Justiça do Trabalho ou o Ministério do Trabalho e Emprego.

Já no período pós-contratual, a discriminação ocorre quando o empregador discrimina o trabalhador, mesmo após a extinção do vínculo mantido entre eles (desde que fundados os fatos no extinto contrato de trabalho). Hipótese de discriminação pós-contratual ocorre quando o ex-empregador divulga informações desabonadoras do empregado, prejudicando seu acesso a novo emprego. Nesse sentido, exemplifica-se com a conduta praticada pela empresa A. C. LIRA TRANSPORTES LTDA., investigada pelo Ministério Público do Trabalho, Procuradoria Regional do Trabalho da 8ª Região, que culminou com a assinatura de termo de compromisso de ajustamento de conduta, no qual a empresa investigada compromete-se, entre outras obrigações:

> 1. Abster-se de prestar, em qualquer circunstância e sob qualquer pretexto, informações desabonadoras e/ou violadoras da intimidade e/ou da honra relativamente a empregados e ex-empregados, salvo nas hipóteses em que assim estiver obrigada por lei.[139]

Outro exemplo de discriminação, após a extinção do contrato de trabalho, é

[139] REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, Brasília, n. 29, p. 271-272, mar. 2005.

destacado por José Cláudio Monteiro de Brito:[140] quando o empregador, com dificuldades financeiras, dispensa vários de seus empregados e, não dispondo de numerário suficiente para o pagamento das verbas resilitórias de todos os dispensados, resolve pagar apenas os trabalhadores de procedência do local, em detrimento dos trabalhadores egressos de outras regiões do País.

A proibição de discriminar aplica-se à relação de emprego como um todo, abrangendo todas as fases, desde a fase pré-contratual, até o período pós-contratual, passando pela execução do contrato. Poderá, portanto, ocorrer discriminação antes da contratação, no curso do contrato de trabalho, na dissolução e, inclusive, após a extinção do vínculo empregatício.

2.6 MODALIDADES DE DISCRIMINAÇÃO

Há diversos critérios utilizados pela doutrina no tocante à classificação da discriminação no trabalho.

Márcio Túlio Viana sustenta que há pelo menos dois modos de discriminar: "[...] ferindo regras, mas também com as próprias regras".[141] A primeira é visível, reprovável de imediato, ao passo que a segunda passa despercebida. Diante dessa classificação, José Cláudio Monteiro de Brito Filho sublinha que "[...] seria conveniente fazer pequena alteração, dizendo que a discriminação, nesse caso, pode ser ferindo regras, de forma aberta, direta, ou simulando seu cumprimento".[142]

Firmino Alves Lima[143] preleciona que a discriminação pode ser classificada quanto ao seu modo de ação em dois grandes grupos: no primeiro, a discriminação é aberta e intencional, subdividindo-se em discriminações por normas impostas ou por atos

---

[140] BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho.* São Paulo: LTr, 2002. p. 49.
[141] VIANA, Márcio Túlio. Os dois modos de discriminar e o futuro do direito do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000. p. 320-328.
[142] BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho.* São Paulo: LTr, 2002. p. 44.
[143] LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho.* São Paulo: LTr, 2006. LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho.* São Paulo:

praticados, ao passo que, no segundo, a discriminação ocorre por meio adverso – compreendida aquela que não necessariamente seja intencional e que tenha efeito adverso sobre determinada categoria de empregados –, motivada por situação não relacionada com as necessidades do empreendimento ou do desempenho profissional exigido do trabalhador.

Regina Maria Vasconcelos Dubugras,[144] com base na doutrina americana, classifica a conduta discriminatória em individual, sistemática e reflexiva. A forma individual ocorre quando a conduta discriminatória atinge diretamente um ou mais empregados ou trabalhadores, individualmente considerados, em razão de raça, cor, religião, gênero, nacionalidade, idade ou outras bases legalmente protegidas, tendo como traço característico a intenção, ou motivação discriminatória do empregador em prejuízo de um empregado ou de grupos de empregados especificamente identificados, enquanto a discriminação sistemática ocorre quando as políticas empresariais ou decorrentes de normas coletivas discriminam grupos de pessoas em razão de raça, cor, religião, gênero, nacionalidade, idade ou outras bases legalmente protegidas, de forma explícita (quando a empresa define o tratamento diferenciado, por exemplo: divulga vagas de empregos para pessoas com idade inferior a 40 anos) ou implícita (quando os padrões e as práticas seguidas pela empresa demonstram o tratamento diferenciado, como a contratação de todos os empregados da mesma religião dos sócios da empresa). Já a discriminação reflexiva assemelha-se à sistemática no que tange à abrangência genérica e coletiva do ato, todavia se diferencia pela não caracterização discriminatória como motivadora da prática do ato. Assim, o impacto discriminatório ocorre quando a política do empregador, independente de intenção, afeta negativamente um grupo mais do que o outro sem uma justificativa adequada. Para melhor elucidar essa última modalidade, a autora cita, como exemplo, uma hipótese de discriminação reflexiva que chegou às Cortes Americanas: uma empresa estabeleceu testes para a promoção de empregados para cargos diferenciados, nos quais apenas os brancos apresentaram o resultado exigido. Tal prática foi considerada discriminatória pelo

---

LTr, 2006. p. 133.

[144] DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Discriminação no emprego: formas, defesas e remédios jurídicos. *Revista LTr,* São Paulo, v. 66, n. 11, p. 1334-1339, nov. 2002.

impacto que causava, uma vez que o conhecimento necessário para a aprovação no teste era irrelevante para o desempenho da função.

Por sua vez, Denise Pasello Valente Novais,[145] constata cinco modalidades de discriminação: a direta, a indireta, a vertical, a horizontal e a autodiscriminação. Para a autora, a discriminação será direta quando houver o favorecimento ou a exclusão explícita de certos trabalhadores em razão de características, como sexo, cor, estado civil, entre outros, ao passo que a indireta ocorre de forma velada, camuflada. A vertical caracteriza-se pela dificuldade de determinados empregados terem acesso a postos de alto escalão ou, quando vencida essa barreira, pela desvalorização salarial subseqüente. A horizontal é constatada quando os postos de trabalho tradicionalmente ocupados por grupos segregados são mais mal remunerados que aqueles normalmente ocupados pelos grupos dominantes. Já a autodiscriminação se caracteriza como espécie de autovigilância internalizada.

Já para Alice Monteiro de Barros,[146] a discriminação pode ocorrer de forma direta, indireta e oculta. Na forma direta, a discriminação se efetiva quando se atribui um tratamento desigual, com efeitos prejudiciais, fundado em razões proibidas (raça, sexo, estado civil, idade ou outra característica enumerada na lei), enquanto a discriminação indireta ocorre por meio de um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos. Já na forma oculta, prevista no direito francês, funda-se em motivo proibido, mas não confessado.

Nesse passo, adotando a classificação da professora Alice Monteiro de Barros, a discriminação no contrato de trabalho pode ocorrer de forma direta, indireta ou oculta.

A discriminação direta ou intencional ocorre de forma explícita, abertamente, mediante o tratamento desigual fundando em critérios proibidos. É o caso, por exemplo, de um empregador anunciar vagas de emprego, exigindo como requisito

[145] NOVAIS, Denise Pasello Valente. *Discriminação da mulher e direito do trabalho:* da proteção à promoção da igualdade. São Paulo: LTr, 2005. p. 34-36.

"boa aparência" – entre aspas, como adverte José Cláudio Monteiro de Brito Filho,[147] tendo em vista o grau de subjetividade que a expressão sugere, podendo assumir diferentes significados, como pessoas bonitas, pessoas altas, pessoas magras, entre outras. Evidentemente, tal exigência foge do razoável, seja pela subjetividade da expressão, seja pela inexistência de qualquer razão técnica plausível, ferindo diretamente o ordenamento jurídico.

Já a discriminação indireta se caracterizará pela falta de intenção declarada do agente discriminador, mas se evidenciará de acordo com os resultados práticos dos efeitos de uma determinada regra ou decisão vigente em uma instituição ou empresa.[148] Ela apresenta uma aparência formal de igualdade, todavia cria uma situação de desigualdade. É o caso, por exemplo, de discriminação do sexo feminino praticada por uma empresa ao instituir uma gratificação a uma determinada função, ocupada exclusivamente por homens. Nessa hipótese, aparentemente, a empresa respeita o princípio da igualdade entre homens e mulheres (o adicional foi instituído para a função), mas, na verdade, o descumpre, gerando desigualdade. Essa é a mais comum, pelo menos no Brasil, e pior forma de discriminação, porque é mais difícil de identificar, mais difícil de combater e de eliminar. A discriminação indireta é a discriminação por impacto desproporcional (*disparate impact doctrine*) do Direito estadunidense. Nas palavras judiciosas de Joaquim Barbosa Gomes:

> [...] a teoria do impacto desproporcional pode ser singelamente resumida na seguinte fórmula: toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material, se em conseqüência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.[149]

A discriminação resultante de medidas dessa natureza diferencia-se da

---

[146] BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 1068.
[147] BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho.* São Paulo: LTr, 2002. p. 44.
[148] FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos:* o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006. p. 160.
[149] GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:* o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.

discriminação oculta pela ausência do fator intencionalidade. Na forma oculta, a discriminação é implícita, porque não é declarada, mas consciente, camuflada por medidas aparentemente neutras. Assim, a discriminação oculta distingue-se da indireta apenas no aspecto intencional. Na primeira, está presente a intenção, enquanto na segunda, a intenção não existe.[150]

A seu turno, Amauri Mascaro Nascimento,[151] a partir da definição de discriminação indireta dada pela Diretiva n° 207 da Corte européia – havendo um número proporcionalmente maior de trabalhadores do que trabalhadoras, quando não essenciais ao desenvolvimento da atividade, há uma disparidade por impacto sobre uma coletividade efetiva ou potencial, ilegítima, a menos que justificada por fatores objetivos e estranhos a qualquer ato de discriminação – defende que a consolidação da discriminação indireta é uma alternativa para maior eficácia do princípio da igualdade, esclarecendo que dela decorre um sistema de presunções legais, na medida em que tem muita proximidade com a inversão do ônus da prova ou da prevalência de presunções legais relativas, quando não desautorizadas pela prova, pois nada impede que o raciocínio básico que a fundamenta seja observado na avaliação de casos concretos. Destaca o autor, para ilustrar, que, quando uma empresa só tem como empregados homens e os tipos de funções existentes são compatíveis com o trabalho da mulher, cria-se uma presunção de discriminação, salvo se a empresa justificar, demonstrando os motivos que a levaram a assim agir. Na verdade, o referido autor não se preocupa com a definição da discriminação indireta, mas como meio de coibi-la mediante a inversão do ônus da prova ou da prevalência de presunções legais, matéria que será enfrentada no próximo capítulo.

Por outro lado, é preciso advertir, que nem toda distinção, exclusão ou preferência poderá ser admitida como conduta discriminatória, como adverte Joaquim B. Barbosa Gomes,[152] porquanto, em determinadas situações, o tratamento

---

[150] FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos:* o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006. p. 161.

[151] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. *Revista LTr,* São Paulo, v. 68, n. 7, p. 777-800, jul. 2004.

[152] GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:* o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro:

discriminatório é legítimo, inclusive chancelado pelo Direito. São situações em que a discriminação se reveste do caráter de inevitabilidade, seja em razão das exigências especiais do tipo de atividade, seja em função de características pessoais das pessoas envolvidas, como o tratamento especial destinado ao jovem trabalhador e à proteção da maternidade.

Com efeito, a Convenção n° 111 da Organização Internacional do Trabalho,153 em seu art. 1°, item 2, dispõe que as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificação exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação. Na mesma direção posiciona-se a ressalva prevista no art. 5° da mesma Convenção:

> Art. 5°. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.
> 2 – Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou nível social ou cultural.

Dessarte, pode-se falar também em discriminação negativa e positiva. A primeira refere-se à noção comum de discriminação, representada pela adoção de critérios desiguais em relação a sujeitos, supostamente, titulares dos mesmos direitos e obrigações. Já a discriminação positiva, ou também chamada de ação afirmativa, é representada por políticas públicas destinadas a eliminar situações de desigualdade maior. Essa questão será examinada no próximo tópico.

2.6.1 Discriminação positiva e ação afirmativa

Já se tornou consenso na doutrina o entendimento de que o combate às diversas formas de discriminação não produz resultados satisfatórios por meio de normas

---

Renovar, 2001. p. 21.

153 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho.* 2. ed. São Paulo: LTr, 1987. p. 505.

proibitivas.[154] A mera proibição da discriminação não garante a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação. A eliminação – ou pelo menos a redução – dessa chaga social depende da implementação de ações capazes de não só coibir a discriminação, mas também de promover a igualdade. As ações afirmativas, assim, integram um grupo de medidas em busca da igualdade real, princípio que atua como viga mestra de todas as condutas e ações em prol da inclusão social.

Segundo Eugênia Augusta Gonzaga Fávero,[155] incluir significa, antes de tudo, deixar de excluir e pressupõe que todos fazem parte de uma mesma comunidade e não de grupos distintos. A inclusão, assim, exige que o Poder Público e a sociedade em geral ofereçam as condições necessárias para todos.

E mais, a inclusão, diferentemente da integração – que reconhece a existência das desigualdades sociais e, para reduzi-las, permite a incorporação de pessoas que consigam "adaptar-se", por méritos exclusivamente seus –, não se opera com a inserção apenas daquele que consegue "adaptar-se", mas garante a adoção de ações para evitar a exclusão. Daí, diante da desigualdade já presente, mister que se faça uso de medidas positivas para a sua redução.

Atribui-se que a expressão "ação afirmativa" foi utilizada, pela primeira vez, nos Estados Unidos, em 1961, pelo presidente John F. Kennedy, em um texto oficial, ao propor medidas que tinham por escopo ampliar a igualdade de oportunidade no mercado de trabalho.[156]

Segundo Joaquim B. Barbosa Gomes,[157] a vitória do movimento dos direitos civis

---

[154] GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:* o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 76-77.

[155] FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos da pessoa com deficiência:* garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004. p. 37-38.

[156] MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 27.

[157] GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:* o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 76.

nos Estados Unidos, nos anos 60, deu origem à ação afirmativa (*affirmative action*, nos Estados Unidos) ou à discriminação positiva (*discrimination positive*, como utilizada na Europa) qualificadas como instrumento de concretização do ideal de uma sociedade justa e igualitária.

Conforme o glossário do Ministério do Trabalho e Emprego:

> Ação afirmativa é uma estratégia política social ou institucional voltada para alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas distinguindo e beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios com ações empreendidas em um tempo determinado, com o objetivo de mudar positivamente a situação de desvantagem desses grupos.[158]

Para Lutiana Nacur Lorentz:

> As ações afirmativas são tanto medidas adotadas por iniciativa pública, desde que encontrem previsão e proêmio constitucionais expressos, quanto medidas adotadas pela iniciativa privada, de forma obrigatória (em cumprimento de normas jurídicas), ou voluntária que tenham o escopo de promoção material ou de igualdade substancial de minorias raciais, étnicas, em termos de gênero, de pessoas com deficiência, em termos etários, etc. Estas minorias são consideradas não no aspecto numérico mas em termos de efetivo exercício de direitos, ou considerando-se um grupo que se volta contra uma cultura dominante e o objetivo de promoção de sua igualdade substancial pode ser realizado em termos econômicos, políticos, culturais, laborais, educacionais, e outros sendo que em quaisquer destes casos deve haver também a meta final e maior de promoção da pluralidade, da diversidade de representações sociais, econômicas e da igualdade de oportunidades. Assim a justificação teórica destas ações se dá nas bases da teoria construtivista e também na da representação da pluralidade social como melhor forma de contribuição para composição de várias instituições nas sociedades pós-industriais [...].[159]

O ministro Joaquim B. Barbosa Gomes, com precisão, apresenta a sua definição:

> As ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação

---

[158] MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <http://www.mte.gov.br >. Acesso em: 3 set. 2006.

[159] LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas, portadores de deficiência.* São Paulo: LTr, 2006. p. 356-357.

> e o emprego.[160]

As ações afirmativas, ou discriminações positivas são, assim, medidas públicas ou privadas, coercitivas ou voluntárias, que têm por objetivo não só erradicar a discriminação, mas, principalmente, estimular estratégias para a promoção da igualdade real (material), no plano fático, que a mera proibição, por si só, não consegue proporcionar.

Ademais, as ações afirmativas visam não só ao ideal de concretização da igualdade de oportunidades, mas também procuram induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, tendo como elemento propulsor o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades da ação.[161]
Tais ações, na qualidade de medidas especiais, são temporárias, com vistas a acelerar o processo de isonomia de oportunidades e tratamento, portanto cessarão quando alcançados os seus objetivos.

Importante é observar, ainda, que, não raras vezes, as ações afirmativas são confundidas com o sistema de fixação de cotas, como o estabelecimento de um percentual de vagas em favor de membros de um determinado grupo de indivíduos, conforme hipótese prevista no art. 93 da Lei n° 8.213/91:

> Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mas empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:
> I – até 200 empregados 2%;
> II – de 201 a 500..... 3%;
> III – de 501 a 1.000..... 4%;
> IV – de 1.001 em diante..... 5%.

Todavia, mostra-se equivocado esse entendimento, uma vez que o sistema de cotas trata apenas de uma das possíveis medidas especiais de inserção de inclusão

---

[160] GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:* o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40-41.

[161] GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:* o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 44-48.

social. A sociedade inclusiva. No mesmo sentido, é o entendimento de Lutiana Nacur Lorentz,[162] para quem a expressão "ação afirmativa" é o gênero, do qual as demais posturas públicas ou privadas – como ajuda-adaptação, incentivos fiscais, tributários, isenções fiscais e tributárias, cotas de trabalho, cotas em universidades, cota-licitação, cota-contribuição, concessão de bolsas de estudos para certos grupos, contratação de empresas controladas por minorias para realizar contratos com o Poder Público, auxílio ao auto-emprego, complementação salarial pelo governo, oportunidades especiais de trabalho e outras – são algumas de suas espécies. Tanto isso é verdade que o Decreto n° 4. 228, de 13 de maio de 2002, que instituiu, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, prevê, em seu art. 2°, um rol de medidas afirmativas:

> Art. 2° O Programa Nacional de Ações Afirmativas co ntemplará, entre outras medidas administrativas e de gestão estratégica, as seguintes ações, respeitada a legislação em vigor:
> I - observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS;
> II - inclusão, nos termos de transferências negociadas de recursos celebradas pela Administração Pública Federal, de cláusulas de adesão ao Programa;
> III - observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa; e
> IV - inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

Esse decreto constitui um marco importante para o crescimento das ações afirmativas, todavia a previsão legal dessas ações há muito já estavam presentes no ordenamento jurídico, tanto no âmbito externo como no interno.

O art. 4° da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher,[163] assim como o art. 4° da Convenção Sobre a Eliminaç ão de

[162] LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas, portadores de deficiência.* São Paulo: LTr, 2006. p. 356-357.
[163] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de

Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas (1965)[164] prevêem a possibilidade de adoção de medidas positivas, como importante mecanismo para eliminar a discriminação e acelerar o processo de obtenção da igualdade de oportunidades e tratamento. No mesmo sentido, a Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes, da Organização das Nações Unidas (1975),[165] no seu art. 8°, estabelece que "[...] as pessoas deficientes têm o direito de ter suas necessidades especiais levadas em consideração em todos os estágios de planejamento econômico e social".

Na esfera constitucional, há uma série de outros dispositivos que podem ser considerados de cunho afirmativo. Dente eles, destacam-se as seguintes prescrições da Constituição Federal brasileira de 1988: O art. 23, X, outorga à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a responsabilidade de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; o art. 37, VIII, prevê que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência; o art. 145, § 1°, que trata da ordem tributária, estabelece que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte; o art. 170 arrola, entre outros princípios da ordem econômica do Brasil, a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (inciso IX); o art. 179 dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei; o art. 227, § 1°, II, prevê a criação de programas de prevenção e

---

Discriminação Contra a Mulher. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 504-512.

[164] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 495-504.

[165] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, de 9-12-1975. In: MELO, Sandro Nahmias. *O direito do trabalho da pessoa portadora de deficiência:* o princípio constitucional da igualdade:

atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho, a convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Como já mencionado, o Decreto n° 4.228, de 13 de maio de 2002, instituiu, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas.

Na esfera infraconstitucional, também há um número considerável de leis que prescrevem ações afirmativas, como a Lei nº 10.741/2003 (popularmente conhecida como Estatuto do Idoso, que institui diversas garantias para os idosos); a Lei nº 9.504/1996 (que garante uma cota de, no mínimo, 30% para a candidatura feminina nos partidos políticos); a Lei n° 9.029/95 (que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho); a Lei n° 8.112/90 (que prescreve, em seu art. 5º, § 2º, a reserva de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público civil da União); e a Lei n° 9.799/99 (que inseriu o art. 373-A na Consolidação das Lei do Trabalho, estabelecendo políticas destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho).

As ações afirmativas são indispensáveis para a eliminação de fato da discriminação. Portanto essas medidas especiais, voltadas à concretização da igualdade material, devem ser estimuladas cada vez mais, com o objetivo de atenuar os efeitos da discriminação, seja ela oriunda da cor, gênero, idade ou de qualquer outra forma de discriminação. Do contrário, a desigualdade será mantida e perpetuará.

2.7 NORMAS INTERNACIONAIS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO NO MUNDO DO TRABALHO

---

ação afirmativa, São Paulo: LTr, 2004. p. 174-176.

Na ordem externa, há diversas normas que vedam práticas discriminatórias, inclusive, no mundo do trabalho. Destaca-se, de plano, a Declaração Universal dos Direitos do Homem,[166] pela importância, dada à sua amplitude e universalidade, como afirma Flávia Piovesan:

> Esta Declaração [Universal dos Direitos do Homem] se caracteriza, primeiramente, por sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide.[167]

Essa Declaração, dentre o seu extenso catálogo de direitos, assegura: "[...] Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" (art. 1º), assim como garante a todos não só o direito ao trabalho, como também que "[...] toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho" (art. 23, itens 1 e 2).

A Declaração da Filadélfia, de 1944, que trata dos fins e objetivos da Organização do Trabalho, em seu art. 2º, alínea *a*, estabelece:

> [...] todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual, dentro da liberdade e da dignidade, da tranqüilidade econômica e com as mesmas possibilidades.[168]

Podem-se, ainda, destacar as normas produzidas pela Organização das Nações Unidas, vedando práticas discriminatórias, como as convenções. A Convenção

---

[166] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 419-422.

[167] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 136.

[168] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo: Declaração da Filadélfia. Aprovada na 29ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Montreal, em 1946, ratificada pelo Brasil, em 13-4-1948, por meio do Decreto n° 25.696, de 20-10-1948. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 835-849.

Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)[169] anuncia, em seu preâmbulo, que qualquer doutrina de superioridade, baseada em diferenças raciais, é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria e prática, em lugar algum, bem como a possibilidade de "discriminação positiva", as chamadas "ações afirmativas" (art. 1°). A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979)[170] estabelece que os direitos relativos ao emprego devem ser assegurados em igualdade de condições a homens e mulheres (art. 11), esclarecendo, ainda, que as medidas destinadas à proteção à maternidade não devem ser consideradas discriminatórias (art. 4°, § 2°).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)[171] anuncia um extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e o direito de toda pessoa gozar de condições de trabalho justas e eqüitativas, que assegurem, especialmente: uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores um salário eqüitativo e uma remuneração igual por trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual; bem como igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade (art. 7, *a* e *c*); esclarecendo que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação (art. 2°, item 2).

---

[169] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 495-504.

[170] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 504-512.

[171] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 488-495.

Já tratando especificamente das discriminações nas relações de trabalho e ocupação, podem-se destacar da Organização Internacional do Trabalho (OIT) as diversas convenções tratando de temas para a promoção da igualdade de tratamento e de oportunidades, tais como: A Convenção n° 100 – sobre salário igual para trabalho de igual valor entre o homem e a mulher (1951); a Convenção n° 111 – sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação (1958); a Convenção n° 117 – trata de política social, prevendo a supressão de todas as formas de discriminação contra trabalhadores, em razão de raça, cor, sexo, crença, filiação a uma tribo, ou sindicato (1962); a Convenção n° 156, de 1981, que dispõe sobre a igualdade de oportunidades e tratamento para os trabalhadores de ambos os sexos; e a Convenção n° 159, que dispõe sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes (1983).172

É importante destacar que a Carta de 1988 anuncia que o Brasil se rege, nas suas relações internacionais, pelo princípio, entre outros, da prevalência dos direitos humanos (art. 4°, II) e, ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada em seu art. 5°, consagra que os direitos e garantias nela expressos "[...] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5°,§ 2°), assim como acrescenta que "[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (art. 5°, § 1) . A Constituição de 1988 inova ao conceder um tratamento especial ou diferençado aos direitos e garantias enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Constituição atribui aos direitos internacionalmente consagrados a natureza de norma constitucional.

Nesse sentido são os ensinamentos do Antônio Augusto Cançado Trindade:

> O disposto no artigo 5(2) [sic] da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional

[172] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987. p. 505.

> dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) [sic] da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.[173]

Em favor da hierarquia constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, acrescenta-se, ainda, outro argumento, a natureza materialmente constitucional dos direitos humanos, conforme anota Flávia Piovesan:

> A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional [...]. Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado 'bloco de constitucionalidade', densificando a regra constitucional positivada no § 2° do art. 5°, caracterizada como cláusula con stitucional aberta.174

Para reforçar a hierarquia de norma constitucional aos tratados de proteção aos direitos humanos, acabando com a celeuma doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria – a tese majoritária do Supremo Tribunal Federal, desde 1977, sustentava a paridade hierárquica entre tratado e lei federal, com base na interpretação do art. 102, III, *b,* da Carta de 1988 –, a Emenda Constitucional n° 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o § 3° no art. 5°, dispondo ex pressamente:

> Art. 5. [...]
> [...]
> § 3°. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

---

[173] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. *Direitos Humanos,* Procuradoria do Estado de São Paulo e Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, São Paulo, 1999. 1 CD-ROM.

[174] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55.

Nas palavras de Celso Lafer:

> [...] o novo parágrafo § 3° do art. 5° pode ser co nsiderado com uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2° do art. 5 °. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente.[175]

É importante, ainda, outra questão levantada por Flávia Piovesan,[176] no sentido que os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, antes da EC n° 45/2004, têm hierarquia constitucional, indep endentemente do *quorum* de sua aprovação, pelos seguintes argumentos: primeiro, a hierarquia constitucional se extrai da interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os parágrafos 2° e 3° do art. 5°; segundo, por força d o art. 5°, § 2°, todos os tratados, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade; terceiro, a lógica e a racionalidade material devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos, pelo valor fundamente da prevalência da dignidade humana, ou seja, o bem jurídico material (direito fundamental) deve condicionar a forma e não o contrário; quarto, foge da razoabilidade sustentar que os direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude do *quorum* de aprovação, sob pena de importar em agudo anacronismo do sistema jurídico; quinto, a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.

Nessa linha de pensamento, encontra-se o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o novo § 3° do art. 5° da Carta de 19 88, ao julgar o recurso ordinário em *habeas corpus* - RHC 18799/RS - 2005/0211458-7, em maio de 2006, de relatoria do ministro José Delgado:

> A regra emanada pelo dispositivo em apreço [§ 3° do art. 5° da CF/88, acrescido pela EC n. 45] é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte

---

[175] LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos:* constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005. p. 16.

[176] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 71-73,

> devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional. Não se pode escantear que o § 1° supra determina, peremptoriamente, que 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata'. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição (§ 3° do art. 5º), a qual possui eficáci a retroativa. A tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto nº 678/92 não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos Afasta-se, portanto, a obrigatoriedade de quatro votações, duas na Câmara dos Deputados, duas no Senado Federal, com exigência da maioria de dois terços para a sua aprovação (art. 60, § 2º) [...].177

Na mesma direção, seguiu o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a necessidade da atualização jurisprudencial, quando do julgamento do RE 466.343, em voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes, que acompanhou o voto do relator ministro César Peluso – que reconheceu a inconstitucionalidade da prisão civil por dívida, acrescentando que "[...] os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal".178 Votaram com o relator os ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio. O processo encontra-se atualmente com vista ao ministro Celso de Mello. O teor do referido voto do ministro Gilmar Mendes é reproduzido por Flávia Piovesan, *in verbis*:

> [...] a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. [...] a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988 [...]. Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente [...]. Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário

---

177 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus - RHC 18799/RS – 2005/0211458-7.Relator: ministro José Delgado: Brasília, maio de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 9 out. 2007.

178 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Pleno. Relator: min. Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. *Informativo do STF nº 449*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info449.asp>. Acesso em: 9 out. 2007.

> assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano [...]. Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais do que nunca, está preparado para atualização jurisprudencial.[179]

Diante dessas considerações, conclui-se que os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, têm hierarquia constitucional, seja pelo disposto no art. 5°, §§ 1° e 2°, da Constituição Federal, que concede um tratamento especial aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno; seja pelo disposto no § 3° do art. 5° da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional n° 45/2004, que reconhece de modo expresso o caráter especial dos tratados de direitos humanos. Não se pode olvidar, ainda, que o direito comparado é fonte do direito do trabalho, conforme dispõe o art. 8, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho.

2.8 O ENFRENTAMENTO CONSTITUCIONAL À DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO

A Constituição Federal de 1988 prevê um largo e consistente sistema de proteções jurídicas contra discriminações empregatícias. Já destacado em linhas pretéritas, a erradicação de qualquer forma de discriminação e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação constituem, entre outros, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3°, III e IV, da Constituição Federal de 1988). De igual forma, o texto constitucional de 1988, no elenco dos direitos e garantias fundamentais, assegura que: "[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]"(art. 5°, *caput*); "[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações [...]"(art. 5°, I); "[...] a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (art. 5°, XLI). Tratando de discriminação racial, a Constituição de 1988 ampliou a garantia jurídica, ao estabelecer que "[...] a prática

[179] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 74-75.

do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (art. 5°, XLII), cuja regulamentação desse dispositivo constitucional deu origem à Lei n° 7.716/89.

Ao tratar dos direitos sociais dos trabalhadores, a Carta Magna, em seu art. 7°, assegura "[...] proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (inciso XX); proíbe "[...] diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil" (inciso XXX); "[...] qualquer discriminação no tocante à salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência" (inciso XXXI); e "[...] distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos" (inciso XXXII); assim como garante "[...] igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso" (inciso XXXIV).

Já ao tratar da família, da criança e do adolescente, a Constituição Federal de 1988 preceitua que "[...] os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (art. 226, § 5º); e impõe como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*).

A Constituição de 1988, como se pode inferir claramente do seu sistema, proíbe genericamente qualquer forma de discriminação.

2.9 PREVISÃO INFRACONSTITUCIONAL À DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO

A Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943,

desde a sua edição, já contemplava dispositivos antidiscriminatórios. De início, no parágrafo único do seu art. 3°, veda qualquer distinções relativas à espécie de emprego, bem como entre os diversos tipo de trabalho: intelectual, técnico e manual. Também assegura a isonomia salarial, sem distinção de sexo (arts. 5° e 461), condicionando o direito de equiparação salarial ao preenchimento de vários requisitos, além do pressuposto do exercício de trabalho de igual valor, a observância de critérios de ordem geográfica (trabalho na mesma localidade) e de ordem subjetiva do trabalhador (capacidade, produtividade e antigüidade na função para o mesmo empregador).

A Lei n° 9.799, de 26 de maio de 1999, acrescentou na Consolidação das Leis do Trabalho, no Capítulo III, do Título III, Da Proteção do Trabalho da Mulher, o art. 373-A, vedando diversas práticas discriminatórias nas relações de trabalho: publicar anúncios de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou à situação familiar, a não ser que a natureza da atividade notória e publicamente assim o exigir (inciso I); recusar ao trabalhador emprego, promoção, ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade for notória e publicamente incompatível (inciso II); considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional (inciso III); exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para a comprovação de gravidez ou esterilidade, na admissão ou permanência no emprego (inciso IV); impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez (inciso V); realizar o empregador ou preposto revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias (inciso VI). No parágrafo único, ressalva a possibilidade de adoção de medidas temporárias para o estabelecimento de políticas de igualdade entre homens e mulheres, em especial as destinadas à correção das distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. Ou seja, contempla a possibilidade de implantação de medidas afirmativas relativamente às mulheres.

Esse novo dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho, embora inserido no capítulo relativo ao trabalho da mulher, enuncia regra geral, contrária a qualquer forma de discriminação, abrangendo, assim, não apenas a discriminação por sexo, como, igualmente, a discriminação de raça, cor, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social ou por qualquer outro motivo ou condição.

Ao lado dessas normas jurídicas, verifica-se, ainda, a existência de algumas referências normativas contra discriminações empregatícias posicionadas em diplomas legais externos à Consolidação das Leis do Trabalho e, algumas, até mesmo externas ao próprio Direito do Trabalho.

A Lei n° 9.029, de 13 de abril de 1995, amplia o combate à discriminação no emprego, mais voltada à questão de gênero, conforme se extrai de seus dispositivos. Contudo, verifica-se que o art. 1° do referido diploma legal é bastante claro quanto à abrangência da norma a outros critérios de discriminação, além de gênero, ao proibir expressamente "[...] a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade". Observe-se que tal rol não pode ser compreendido como taxativo, caso contrário, o dispositivo não faria menção "a qualquer prática discriminatória". Especificamente à mulher trabalhadora, considera também práticas discriminatórias a exigência de declarações, exames e medidas congêneres relativamente à esterilização ou ao estado de gravidez (art. 2° da Lei n° 9.029/1995). Estabelece, ainda, a referida lei (art. 4º), sem prejuízo das penalidades administrativas previstas no art. 3° do mesmo diploma, que o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes tipificados na lei, faculta ao empregado optar entre duas alternativas reparatórias: a readmissão, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento. É importante destacar que a menção à readmissão no texto legal constitui uma impropriedade técnica, porquanto se trata de dispensa discriminatória, decorrente de ato discriminatório do empregador, vedado pelo ordenamento jurídico, portanto a hipótese é de reintegração e não de readmissão, que ocorre quando o

contrato de trabalho for validamente rescindido, por pedido de demissão do empregado, término de contrato a termo ou despedida sem justa causa, sendo esse mesmo empregado, posteriormente, readmitido na empresa, enquanto a reintegração é decorrente da nulidade da dispensa, não permitida pela lei.[180]

A Lei nº 9.029/1995, nas palavras da procuradora do trabalho, Thereza Cristina Gosdal, "[...] corresponde ao anseio de combate à discriminação no emprego, em atendimento ao preceituado nas normas internacionais relativas à matéria e tornadas lei interna pela sua ratificação, bem como do disposto na Constituição".[181]

A Lei n° 7.716, de 5 de janeiro de 1989, com as alterações dadas pela Lei n° 9.459/97, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, é expressa, ao estabelecer que "[...] serão punidos [...] os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (art. 1º), especificando: "[...] negar ou obstar emprego em empresa privada" implica pena de "[...] reclusão de dois a cinco anos" (art. 4º); "[...] constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses" (art. 16); e "[...] praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" implica pena de "[...] reclusão de um a três meses e multa" (art. 20).

A Portaria n° 367 do Ministério do Trabalho e Emprego,[182] de 18-9-2002, estabelece que toda a denúncia referente à ocorrência de prática discriminatória por parte de empresa que recuse a contratação de empregado que tenha ingressado com ação judicial trabalhista, deverá ser encaminhada à fiscalização trabalhista.

O Tribunal Superior do Trabalho, em 29-8-2002, com o objetivo de dificultar a

---

[180] VIANA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios: Análise da Lei n° 9.029/95. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000a. p. 354-367.

[181] GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego:* relações de gênero no direito do trabalho. Curitiba, PR: Gênesis, 2003. p. 107.

[182] MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Portaria 367, de 18-9-2002. Disponível em: <http://www.mtb.gov.br/legislacao/portarias/2002/p_20020918_367.asp>. Acesso em: 8 out. 2007.

organização das chamadas “listas negras”, determinou a retirada de sua página de “internet” consulta de andamento processual por meio de nome de trabalhador, assim como recomendou aos Tribunais Regionais do Trabalho a adoção de tal medida. Por sua vez, o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região expediu o Ato Presi n° 88/2002, [183] retirando da sua página de internet a possibilidade de consulta de pesquisa de andamento processual pelo nome do reclamante.

Os atos discriminatórios, além de serem expressamente vedados pelos sistema jurídico normativo, poderão, ainda, conferir à vítima uma reparação, o que será examinado no próximo capítulo.

[183] TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO. Ato Presi 170/2002. Disponível em <http://www.trt17.gov.br/index.aspx?pg=textos.ascx&seqtexto=2212&niveis=2>. Acesso em: 12 out. 2007.

3 DISPENSA SEM JUSTA CAUSA

O contrato individual de trabalho, no antigo modelo jurídico celetista – instituído pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943 – estav a protegido pelo regime da estabilidade e indenização previstas, respectivamente, nos arts. 492 e 477 da CLT:

> Art. 477. É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.
> Art. 492. O empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Nesse modelo, portanto, para os contratos a prazo indeterminado, eram asseguradas a todo empregado indenizações crescentes, em virtude do tempo de serviço, e estabilidade no emprego, após dez anos de serviço. Não impedia o modelo o exercício unilateral da faculdade de rompimento no primeiro caso, mas o empregador suportava significativo óbice econômico-financeiro, conforme previsão do art. 478 da CLT: “A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses”. Adquirida a estabilidade, surgia óbice intransponível para a terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, afastado somente no caso de falta grave – assim considerada como qualquer das condutas a que se refere o art. 482 das CLT, quando, por sua repetição ou natureza, representar séria violação aos deveres e às obrigações do empregado – ou força maior. Nos termos do art. 501 da CLT, “[...] entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente”.

Contrariando os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, como direito de normas mínimas, irrenunciáveis e de proteção do trabalhador, em 1967, foi introduzido no Brasil, ao lado do regime da estabilidade, o regime opcional do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), instituído pela Lei n° 5.107, de 13 de setembro de 1966 (com vigência a partir de 1967). A Constituição Federal brasileira

de 1967 permitiu a convivência dos dois regimes: o regime da estabilidade prevista na Consolidação das Leis do Trabalho e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Apesar de o novo regime ser optativo, na verdade, tratava-se de uma falsa opção, pois o novo trabalhador, se não optasse pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, dificilmente obteria o emprego.[184] Os antigos trabalhadores, se optassem pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, renunciariam à estabilidade. Enfim, o principal objetivo do regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço era acabar com a estabilidade e a indenização.[185]

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o ingresso do empregado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço passou a ser automático, não havendo mais a possibilidade de opção. Portanto a antiga estabilidade no emprego, que o empregado adquiria ao completar dez anos de serviços com o mesmo empregador, foi extinta, respeitando o direito adquirido dos empregados que já a possuíam na data da promulgação do texto constitucional, em 5 de outubro de 1988, conforme art. 14 da Lei n°8.036, de 11 de maio de 1990.

Em contrapartida à extinção da estabilidade no emprego, a Carta de 1988 instituiu preceito visando a novo sistema de regulação das rupturas contratuais por ato empresarial: “São direitos dos trabalhadores [...] relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos” (art. 7°, *caput* e inciso I).

Independentemente da edição da referida lei complementar, resta claro que o objetivo do legislador constitucional de 1988 foi proteger a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

---

[184] BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 953.

[185] LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. *Curso de direito do trabalho:* teoria geral e direito individual do trabalho. Curitiba, PR: Juruá, 2000. v. 1. p. 372.

2.1 DISPENSA ARBITRÁRIA E SEM JUSTA CAUSA: CONCEITOS

A despeito da Carta de 1988, em seu art. 7°, I, garantir a proteção do emprego contra a "[...] despedida arbitrária ou sem justa causa", e, no art. 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, vedar a "[...] dispensa arbitrária ou sem justa causa" do "[...] empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes [...]"(alínea *a*) e da "[...] empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto"(alínea *b*), o legislador constituinte não se preocupou em definir as expressões "despedida arbitrária ou sem justa causa".

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 165, define a despedida arbitrária como "[...] a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro" e, no art. 482, denomina justa causa a conduta ilícita de ordem disciplinar praticada pelo empregado. Além das condutas arroladas no referido dispositivo, a justa causa está prevista, ainda, em outros artigos esparsos da CLT (arts. 158, 240, 433 e 508).

Com efeito, a melhor doutrina divide a dispensa do empregado em duas categorias básicas de acordo com a presença ou não de uma justa causa. Na legislação pátria em vigor, o principal elenco das justas causas encontra repouso no art. 482 da CLT. Além dessas, existem outras modalidades de justa causa tipificadas em dispositivos da CLT e em normas de sua legislação complementar, como a do empregado bancário devedor contumaz, prevista no art. 508 da CLT, e a do empregado que cometer abuso do direito de greve, conforme arts. 7° e 14 da Lei n° 7.783, de 28 de junho de 1989. Todavia, em que pese a importância da dispensa por justa causa, não integra o objeto deste trabalho. Dessarte, o presente estudo ficará restrito à dispensa sem justa causa.

Alguns autores sustentam que as expressões "despedida arbitrária ou sem justa causa" são sinônimas, como José Eduardo Haddad, todavia pontifica:

> Por dispensa injustificada deve-se entender aquela realizada sem qualquer motivação, seja as hipóteses contidas no art. 482 da CLT, de ordem disciplinar, seja por razões de ordem econômica, financeira ou técnica. Trata-se de um direito, pois, de o trabalhador não ser demitido a não ser dentro de uma das hipóteses supra. Alude o dispositivo constitucional em apreço [inciso I do art. da Carta Magna], ainda, à dispensa sem justa causa, além da arbitrária. Parece-nos, aqui, sem sentido a sua menção [...], o fato é que a distinção de ambas dentro do escopo do mandamento constitucional é inútil. Se a dispensa arbitrária é aquela não fundada em motivo disciplinar (o que inclui as figuras da justa causa), técnico, econômico ou financeiro, tem-se que englobada está a demissão sem justa causa, portanto, objeto de censura com base na proteção constitucional contida no inciso I do art. 7° em análise.[186]

A doutrina predominante, contudo, sustenta que há distinção entre as qualificativas da despedida: "arbitrária" ou "sem justa causa".

Octávio Bueno Magano e Estêvão Mallet[187] afirmam que os conceitos de despedida arbitrária e sem justa causa prescindem de esclarecimentos complementares por parte do legislador ordinário, esclarecendo que a despedida não arbitrária tem em vista a conduta do empregador, quando fundada em razão social relevante de caráter econômico ou técnico, enquanto a despedida sem justa causa leva em consideração a conduta do empregado, quando não passível de censura juridicamente relevante.

Porém, apesar de ser dispensável o estabelecimento de conceitos pelo legislador, podendo essa tarefa ser realizada pelos doutrinares, no entendimento desta autora, a fixação do significado das expressões "despedida arbitrária" e "sem justa causa" pelo legislador seria importante, na medida em que evitaria a confusão feita por alguns operadores do direito, que consideram sinônimas as expressões.

Segundo Sérgio Pinto Martins:

> O conceito de dispensa arbitrária é encontrado no art. 165 da CLT, que dispõe que se entende por dispensa arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Motivo técnico diz respeito à organização da atividade da empresa, como o fechamento de

---

[186] HADDAD, José Eduardo. *Aspectos controvertidos de direito constitucional do trabalho.* São Paulo: LTr, 1998. p. 58-59.

[187] MAGANO, Octavio Bueno; MALLET, Estêvão. *O direito do trabalho na Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 63-65.

> uma filial ou de uma seção, com a despedida dos empregados. Motivo financeiro decorre das receitas e despesas da empresa, de acordo com seu balanço. O motivo econômico é o proveniente do custo da produção das atividades da empresa, da conjuntura, da inflação, da recessão. Motivo disciplinar é o pertinente à dispensa por justa causa (art. 482 da CLT). A dispensa sem justa causa é a feita pelo empregador sem motivo dado pelo empregado.[188]

Na mesma direção é o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento,[189] que conclui: "[...] enquanto a dispensa arbitrária é qualificação do ato praticado pelo empregador, justa causa, ao contrário, o é da ação ou omissão do trabalhador. A arbitrariedade é daquele. A justa causa é deste".

Por sua vez, Sérgio Torres Teixeira,[190] juiz do trabalho e professor da Faculdade de Direito de Recife, após criticar a expressão "dispensa sem justa causa", sob o fundamento de que a dispensa é sempre motivada, na medida em que sempre haverá uma razão ensejadora da vontade resilitória do empregador que culmina com a efetivação da dispensa do empregado, ainda que tal razão não seja exteriorizada, assevera que o legislador constituinte de 1988 não equiparou a dispensa sem justa causa à despedida arbitrária, pois, em verdade, equiparou apenas os efeitos gerados por ambas as espécies sobre o contrato individual de trabalho resilido. Por fim, o autor concorda com o entendimento de Pedro Paulo Teixeira Manus[191] – que define a despedida arbitrária como aquela sem qualquer motivo, ensejadora pelo empregado (motivo disciplinar) ou não (motivo técnico, econômico ou financeiro), e a dispensa sem justa causa como aquela efetivada com base em razão de ordem subjetiva, mas sem motivo disciplinar previsto na legislação trabalhista, isto é, sem ocorrência de uma das justas causas enumeradas taxativamente na lei – contudo, acrescenta que tais posições podem ser aperfeiçoados em dois aspectos:

> Primeiro, a despedida arbitrária não é 'imotivada', pois toda dispensa, conforme já destacado, revela alguma causa remota, geradora da vontade resilitória patronal, por mais banal que seja. [...] praticada a dispensa,

---

188 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho.* 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 371.

189 NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho.* 28. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 462.

190 TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 125-149.

191 MANUS, Pedro Paulo Teixeira, 1996, apud TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 150-151.

> sempre haverá uma motivação, seja objetiva, seja subjetiva. A ausência completa dos motivos jamais ocorre, mesmo quando inexistir a indicação do fato gerador, pois o silêncio do empregador apenas evita a divulgação do fundamento da denúncia, sem implicar na inexistência do mesmo. Tal modalidade de dispensa, portanto, se refere à despedida motivada em causa mediata que não se pode enquadrar como motivo disciplinar, técnico, financeiro ou econômico. O motivo existe, divulgado ou não, e apenas não se enquadra numa dessas categorias.
> Segundo, para caracterizar a dispensa sem justa causa, se exige a ausência de qualquer um dos pressupostos configuradores da justa causa, e não apenas a ausência do tipo legal. É possível, assim, que tenha ocorrido uma das situações previstas no artigo 482 consolidado, mas a falta de imediatidade do empregador leva a dispensa tardia a ser considerada como sem justa causa. Nesse sentido, por conseguinte, a despedida sem justa causa é aquela cuja efetivação ocorreu sem a presença de um (ou mais de um) dos requisitos caracterizadores da justa causa.[192]

A diferença entre as duas modalidades, portanto, para o citado magistrado, reside no enquadramento do respectivo fato gerador da vontade patronal. Se o fundamento da despedida não se enquadra como uma "justa causa", o ato patronal corresponde a uma dispensa sem justa causa. Se, por outro lado, o motivo ensejador da ação patronal não for de ordem disciplinar, técnica, financeira ou econômica, de acordo com as diretrizes do art. 165 consolidado, trata-se de despedida arbitrária.

Já o saudoso Valentin Carrion[193] sustentava que o despedimento arbitrário é aquele que não se fundamenta em sérias razões de interesse objetivo da empresa ou na atitude ilícita do empregado, ao descumprir seus deveres funcionais (justa causa), pelo que conclui que o despedimento não arbitrário inclui a existência de uma de suas espécies, que é a justa causa. Assevera, ainda, que as expressões "despedida arbitrária" ou "sem justa causa" não foram utilizadas como sinônimas pelo texto constitucional (art. 7°, I), sob o fundamento de qu e a norma não contém expressões inúteis. A esse argumento, Leonardo Vieira Wandelli[194] acrescenta outro para reforçar a distinção entre as duas expressões: "[...] há, na legislação ordinária, definição legal de despedida arbitrária e de despedida por justa causa, bem como uma tradição no direito internacional e comparado de estabelecer-se essa distinção". Daí o autor conclui:

---

192 TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 151.

193 CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 339.

194 WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova*

> A não arbitrariedade é mais ampla que a justa causa. 'Justa causa', em sentido estrito, recebe o sentido de motivo disciplinar ou outra 'causa' legalmente prevista para a terminação do contrato. Toda despedida arbitrária, entendida aquela que não se funda em motivo econômico financeiro, técnico, disciplinar ou qualquer outro justo motivo legal, é sem justa causa, assim como toda despedida por justa causa é não arbitrária. Entretanto, aceita essa distinção, nem toda despedida sem justa causa é arbitrária e também nem toda despedida não arbitrária é por justa causa. Isto porque uma parte das despedidas não arbitrárias, por serem fundadas em motivo financeiro, técnico ou econômico se refere a despedidas sem justa causa. Assim, uma despedida fundada em motivo econômico não é arbitrária, mas é sem justa causa.[195]

Invocando a Convenção n° 158 da Organização Internacional do Trabalho, Jorge Luiz Souto Maior leciona:

> [...] sob o âmbito individual, passar-se-ia a ter quatro tipos de dispensa: a) a imotivada (que ora se equipara à dispensa arbitrária); b) a discriminatória (prevista na Lei n. 9.029/95); c) a motivada (mas, sem justa causa, ou seja, a permitida segundo os moldes da Convenção 158 da OIT); e d) a com justa causa (art. 483 [sic] da CLT). Conforme disposto, aliás, na própria Constituição (art. 7°, I). A primeira, nos termos da Convenção 158, é proibida, gerando duas situações possíveis, a critério do órgão competente para julgamento dos motivos da dispensa, no caso do Brasil, a Justiça do Trabalho: a reintegração ou a condenação ao pagamento de uma indenização [...]. Quanto ao terceiro tipo de dispensa, a motivada, aquela que se basear em incapacidade ou mau procedimento do empregado – inaptidão para o serviço ou comportamento incompatível com o de uma pessoa integrante de um grupo produtivo –, nos termos do art. 4° da Convenção 158 da OIT, não chega a se constituir uma justa causa, segundo o art. 482, que exige quebra do vínculo de boa-fé. Ou seja, a dispensa motivada não exige a gravidade dos comportamentos do empregado, como se exige nas justas causas. Estariam preservados ao empregado dispensado, motivadamente, os direitos pertinentes à dispensa sem justa causa, direitos estes já consagrados em nosso ordenamento (aviso prévio, multa de 40% sobre o FGTS etc.) A motivação nesse tipo de dispensa faz ressurgir o direito de dispensa ao empregador, uma dispensa, no entanto, motivada – não mais a resultante de um 'direito potestativo' – e que não retira do empregado os direitos 'rescisórios'.[196]

Com efeito, a Convenção n° 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT),[197] na sua Seção A da Parte II, que trata da justificação do término do contrato de trabalho, estabelece:

---

racionalidade. São Paulo: LTr, 2004. p. 320.

[195] WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade.* São Paulo: LTr, 2004. p. 321.

[196] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social.* São Paulo: LTr, 2000. p. 334-337.

[197] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n° 158 da OIT.* Disponível em: <http://www.institutoamp.com.br/oit158.htm>. Acesso em: 18 out. 2007.

> SEÇÃO A
> Justificação do Término
> Artigo 4
> Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificadora relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.
> Artigo 5
> Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:
> a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho;
> b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
> c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;
> d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social;
> e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.
> Artigo 6
> 1. A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.
> 2. A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

É importante destacar, ainda, o argumento sintetizado por Renato Rua de Almeida[198] de que a despedida individual só se justifica por motivo disciplinar atribuído ao empregado ou por sua inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa. Já a despedida coletiva

> [...] é arbitrária ou não, dependendo da existência comprovada de fato objetivo relacionado à empresa, causado por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural [...]. Não respeitadas as garantias *a priori* [comunicação escrita e o direito ao contraditório] ou se, mesmo respeitadas essas garantias, a despedida se não se fundar em justa causa, e sim em motivos discriminatórios, tais como políticos, ideológicos, étnicos, religiosos, em razão de sexo ou doença, ou enfim, se forem declarados improcedentes os motivos justificativos apresentados pelo empregador, ela será nula ou ilícita.[199]

[198] ALMEIDA, Renato Rua de. O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa: estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa espanhola e francesa. *Revista LTr,* São Paulo: LTr, v. 71, n. 3, p. 336-345, mar. 2007.

[199] ALMEIDA, Renato Rua de. O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção

Diante do exposto, conclui-se que a despedida sem justa causa equivale àquela que se basear na capacidade ou comportamento do empregado, todavia não passível de censura juridicamente relevante a constituir uma justa causa, nos termos do art. 482 da CLT, enquanto a despedida arbitrária equivale à dispensa não fundada em motivo econômico, financeiro, técnico, disciplinar ou qualquer outra causa legalmente prevista para a terminação do contrato.

Sendo a dispensa enquadrada como arbitrária, por outro lado, será igualmente classificada como sem justa causa.[200] Assim, a dispensa arbitrária é uma espécie da dispensa sem justa causa. Em outras palavras, a dispensa sem justa causa corresponde ao gênero – a um tipo mais amplo, caracterizada pela inexistência de um ou mais requisitos configuradores da dispensa por justa causa – do qual a dispensa arbitrária é espécie.

Ao lado de tais modalidades de dispensa, a doutrina aponta subespécies de despedida arbitrária, variando apenas de acordo com o fundamento "ilegítimo". Amauri Mascaro Nascimento[201] aponta as dispensas "retaliativas" e "obstativas". As dispensas retaliativas caracterizam-se "[...] pela represália a uma atitude legítima do empregado, por exemplo, ingressar com reclamação na Justiça do Trabalho para cobrar direitos".[202] As dispensas obstativas têm por finalidade impedir que o empregado adquira algum direito. Exemplo de dispensa obstativa é a prevista na Súmula n° 26 do Tribunal Superior do Trabalho (canc elada): "Presume-se obstativa à estabilidade a despedida sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa".

Tais dispensas, tanto a retaliativa como a obstativa, podem ser enquadradas como modalidades de dispensa arbitrária, cujo causa resilitória, conforme adverte Sérgio

---

da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa: estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa espanhola e francesa. *Revista LTr,* São Paulo: LTr, v. 71, n. 3, p. 336-345, mar. 2007.

200 TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 154.

201 NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho.* 28. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 522.

202 NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho.* 28. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 522.

Torres Teixeira, “[...] se apresenta como resultado de uma conduta reprovável do empregador. Revelam, por conseguinte, um motivo que merece toda a repulsa do Direito do Trabalho”.[203]

Além dessas subespécies, há ainda outras duas espécies de dispensa, hostilizadas não só pela doutrina e jurisprudência, mas também pelo legislador trabalhista: a dispensa discriminatória e a dispensa abusiva. Devido à sua importância para o presente trabalho, tais dispensas serão objeto de análise em item específico, mas não sem antes proceder um breve exame na dispensa sem justa causa sob o enfoque da Convenção n° 158 da Organização Internac ional do Trabalho.

3.1.1 A dispensa sem justa causa sob o enfoque da Convenção n° 158 da Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho foi criada pela Conferência da Paz, assinada em Versalhes, em junho de 1919, logo após a Primeira Guerra Mundial, com o objetivo de promover a justiça social e, em especial, os direitos fundamentais no mundo trabalho. Em 1944, à luz dos efeitos da Grande Depressão a da Segunda Guerra Mundial, a OIT adotou a Declaração da Filadélfia[204] como Anexo da sua Constituição, ampliando o seu campo de atuação, consagrando os princípios de que o trabalho não é mercadoria e de que o progresso econômico, apesar de essencial, não é suficiente para assegurar a eqüidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, cabendo aos Estados a imposição de limites ao poder econômico para fins de preservação da dignidade humana.

Em junho de 1998, após o fim da Guerra Fria, na octogésima sexta Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, foi aprovada a Declaração da Organização Internacional do Trabalhado Sobre os Princípios e Direitos

---

203 TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p.159.

204 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo: Declaração da Filadélfia. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 835-

Fundamentais no Trabalho,[205] que reafirma a obrigação de todos os Estados-membros respeitar, promover e tornar realidade os princípios relativos aos direitos fundamentais, previstos nas Convenções da OIT.

Desde a sua criação, portanto, a OIT trabalha pela manutenção de seus valores e objetivos em prol de uma agenda social que viabilize a continuidade do processo de globalização, com o equilíbrio entre objetivos de eficiência econômica e de eqüidade social, mas sempre assente no princípio, inscrito na sua Constituição, de que a justiça social é essencial para garantir a paz universal e permanente.

Para o cumprimento da sua relevante missão, a Organização Internacional do Trabalho dispõe de dois instrumentos jurídicos fundamentais: as convenções e as recomendações. Segundo os ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento, as convenções internacionais

> [...] são normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais.[206]

As convenções internacionais da OIT são utilizadas, muitas vezes, como sinônimo de tratados internacionais, já que ambos os institutos apresentam a mesma estrutura, todavia eles não se confundem, como adverte Amauri Mascaro Nascimento,[207] porque as primeiras são decorrentes de discussões ocorridas nos quadros da Organização Internacional do Trabalho, em cujo seio é processada a sua elaboração e posterior aprovação em caráter oficial, enquanto os segundos, via de regra, resultam de entendimento direto entre os países interessados, conquanto possam também, em alguns casos, surgir de um plenário. Nas palavras de Maurício

---

849.

[205] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.* Disponível em: <dhttp://www.oitbrasil.org.br/info/download/declarac_port.pdf>. Acesso em: 18 out. 2007.

[206] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 74.

[207] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 70-78.

Godinho Delgado,[208] "[...] as convenções são espécies de tratados".

As convenções diferenciam-se, ainda, das recomendações,[209] na medida em que as convenções englobam preceitos aprovados na Conferência da OIT e submetidos à ratificação dos países participantes, que têm a obrigação de proceder às medidas necessárias, de acordo com a Constituição e as leis de cada país, para a conversão das normas contidas na convenção em Direito Interno, enquanto as recomendações constituem apenas sugestões aos países participantes, sem caráter obrigatório.

As recomendações são estimadas como cabíveis sempre que a matéria discutida não comporte um tratamento convencional, seja pela precariedade político-jurídica de sua adoção, seja pelo caráter incerto do tema suscitado.

Para a aprovação das convenções na Conferência, é necessário o *quorum* de dois terços de votos dos delegados presentes. Quando as disposições aprovadas pela Conferência da OIT não contam com número suficiente de adesões para que se transformem em convenções, são promulgadas como simples recomendações.[210] Dois exemplares da convenção ou recomendação serão assinados pelo presidente da Conferência e pelo diretor-geral, com o depósito de um desses exemplares nos arquivos da Repartição Interna do Trabalho (RIT) e outro entregue ao secretário-geral das Nações Unidas. O diretor-geral, por seu turno, remeterá a cada um dos Estados-membros uma cópia autêntica da respectiva convenção ou recomendação.

No território nacional, para as convenções se tornarem obrigatórias, dependem de ratificação. Nos termos do art. 84, VIII, da Constituição Federal brasileira, a celebração de convenções internacionais compete privativamente ao presidente da República, sujeita a referendo do Congresso Nacional. Nesse sentido, é expresso o art. 49, I, da Carta de 1988: "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais

---

[208] GODINHO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho.* 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 154.
[209] BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Batalha de. *Rescisão contratual trabalhista:* despedida arbitrária individual/coletiva. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 35.
[210] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 77.

que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

É de se notar a distinção existente nesses dois dispositivos constitucionais, conforme adverte o professor Carlos Henrique Bezerra Leite:

> Com efeito, a distinção feita pelo constituinte foi até salutar, na medida em as expressões 'tratados, convenções ou atos internacionais', contidas no no artigo 84, inciso VIII, da Constituição traduzem, em rigor, o que os internacionalistas denominam de **tratado-contrato**, o qual deve ser interpretado como qualquer tratado, acordo, convenção ou ato internacional firmado pelo Presidente da República *ad referendum* do Congresso Nacional (CF, art. 84, VIII). Já o **tratado-lei** (ou normativo) pode ser entendido como qualquer tratado, acordo, convenção ou ato internacional editado por organismo internacional, o qual, para entrar em vigor em nosso País, depende aprioristicamente de aprovação do Congresso Nacional (CF, art. 49, I) e somente após esta aprovação é submetido à promulgação pelo Presidente da República. Este tratado é o que pode gerar compromissos gravosos ao patrimônio nacional (exemplo: empréstimo que acarreta aumento da dívida pública externa) (grifo do autor).[211]

No Brasil, portanto, depois da aprovação da convenção internacional pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal de 1988), o presidente da República deverá ratificá-la, promovendo o depósito do respectivo documento perante o diretor-geral da Repartição Internacional do Trabalho, nos termos do art. 19, § 5, *d,* da Constituição da OIT,[212] que comunicará o ato formal ao secretário-geral das Nações Unidas, para fins de registro, de acordo com o disposto no art. 102 da Carta das Nações Unidas (art. 20 da Constituição da OIT).

Caso a convenção não seja ratificada, nenhuma obrigação terá o Estado-membro a não ser a de informar ao diretor-geral da Repartição Internacional do Trabalho – nas épocas que o Conselho de Administração julgar convenientes – sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a convenção.

Entre as convenções aprovadas pela Organização Internacional do Trabalho, de

---

[211] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito e processo do trabalho na perspectiva dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 76.

[212] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo: Declaração da Filadélfia. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 835-849.

mister importância para a presente pesquisa é a Convenção n° 158 da OIT, que trata especificamente sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1982 e ratificada pelo Brasil, após a aprovação do Congresso Nacional por meio do Decreto-Legislativo n° 68, de 16 de setembro de 1992, conforme determina o art. 49, I, da Constituição Federal, e depositada perante o diretor-geral a Repartição Internacional do Trabalho, em cumprimento ao disposto no art. 19, § 5, *d,* da Constituição da OIT, em 5 de janeiro de 1995, passando a vigorar para o Brasil, em 5 de janeiro de 1996, ou seja, 12 meses após o depósito da ratificação, nos termos do art. 16, §§ 2° e 3°, da própria Convenção 158. Ainda que se considere necessária a publicação no âmbito interno, essa exigência foi atendida com a publicação do Decreto n° 1.885, em 11 de abril de 1996.

Ocorre que o presidente da República, mediante o Decreto n° 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro de 1996, acatando a interpretação que se tornou predominante à época, no sentido da inaplicabilidade da Convenção n° 158 da OIT no ordenamento nacional, to rnou pública a denúncia da Convenção, realizada pelo Governo, em carta enviada à OIT, em 20 de novembro de 1996, explicando que a Convenção 158 deixaria de ter vigência no ordenamento brasileiro a partir de 20 de novembro de 1997.[213]

A denúncia – trata-se de ato jurídico pelo qual o Estado-membro declara que não mais se obriga ao cumprimento de tratado por ele ratificado anteriormente[214] – pode ser feita nos termos do art. 56 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados:[215]

> Art. 56. Denúncia ou retirada de um tratado que não contém disposições sobre terminação, denúncia ou retirada.
> 1. Um tratado que não contém disposição sobre sua terminação e não prevê a denúncia ou retirada do mesmo não pode ser objeto de denúncia ou de

[213] MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. Proteção contra a dispensa arbitrária e a aplicação da Convenção n° 158 da OIT. *Revista LTr,* São Paulo, v. 68, n. 11, p. 1323-1331, nov. 2004.
[214] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito e processo do trabalho na perspectiva dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 102.
[215] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, feita em Viena, em 23-5-1969. In: SEITENFUS, Ricardo. *Legislação internacional.* Barueri, SP: Manole, 2004. p. 821-845.

> retirada, a não ser que:
> a) fique estabelecido que as partes tiveram a intenção de admitir a possibilidade de denúncia ou retirada; ou
> b) o direito de denúncia ou retirada possa ser inferido da natureza do tratado.
> 2. Uma parte deverá notificar, com pelo menos 12 meses de antecedência, sua intenção de denunciar ou de se retirar de um tratado, de conformidade com o parágrafo 1.

Esse dispositivo é previsto para a hipótese de o tratado não conter disposições sobre terminação, denúncia ou retirada. A Convenção n° 158 da OIT, por sua vez, em seu art. 17, prevê e regulamenta a denúncia:

> Art. 17
> 1. Todo Membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-lo no fim de um período de 10 (dez) anos, a partir da data da entrada em vigor inicial, mediante um ato comunicado, para ser registrado, ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. A denúncia tornar-se-á efetiva somente 1 (um) ano após a data de seu registro.
> 2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicada, o Diretor-Geral fará notar aos Membros da Organização a data em que a presente Convenção entrará em vigor.

O procedimento da denúncia da Convenção n° 158 da O IT pode ser enfocado sob o plano internacional e o plano doméstico. No plano internacional (vigência objetiva), há duas correntes que procuram interpretar a regra do § 1° do art. 17 da Convenção n° 158: A primeira – que tem prevalecido na OIT – s ustenta que o prazo de dez anos ali previsto começa a contar a partir da data em que teve início a vigência internacional da respectiva convenção, razão pela qual os países que a ratificaram, como o Brasil, poderiam denunciá-la entre 23-11-1995 e 23-11-1996;[216] a segunda corrente, adotada pelo professor Carlos Henrique Bezerra Leite,[217] a partir de uma interpretação sistemática do texto convencional, sustenta que a data da entrada em vigor do texto convencional concerne à data em que a convenção entra em vigor em cada Estado-membro que a tenha ratificado. Essa parece ser a interpretação mais coerente, pois somente a partir da vigência nacional (vigência subjetiva) do texto convencional é possível o país corroborante vivenciar as regras contidas. Ademais,

[216] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito e processo do trabalho na perspectiva dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 103.
[217] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito e processo do trabalho na perspectiva dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 104-105.

não seria razoável admitir prazos diferenciados para os Membros denunciarem a Convenção. Esse entendimento afronta o princípio da isonomia, como bem esclarece o citado professor:

> Aqueles [Membros] que promoveram os dois primeiros depósitos de ratificação (art. 16, n° 2) terão que aguardar um longo prazo de dez anos para a denúncia. Enquanto que os demais, dentre eles o Brasil, poderiam fazê-lo até mesmo no dia seguinte ao da ratificação, bastando apenas que observassem o decênio da vigência objetiva. Vale dizer, este tratamento fere de morte o princípio da isonomia que deve existir entre todos os Estados-membros da Organização.[218]

No plano interno, é relevante observar a competência para a denúncia de uma convenção da OIT. Atualmente, ainda seguindo os ensinamentos do professor Carlos Henrique Bezerra Leite,[219] quatro correntes doutrinárias se apresentam. A primeira sustenta que se há, no tratado, uma cláusula prevendo e regulando a denúncia, quando o Congresso aprova o tratado, aprova também, o modo de ele ser denunciado, razão pela qual o ato da denúncia, como o da ratificação, é de caráter essencialmente executivo. Para a segunda corrente, a denúncia tanto pode ser ato do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo. A terceira corrente preconiza que a ratificação de um tratado internacional constitui ato de competência exclusiva do Congresso Nacional, independentemente do decreto do Poder Executivo, portanto a denúncia também prescindirá de ato presidencial. Já a quarta corrente, adotada pelo renomado professor citado, advoga que, se o Governo – que no Brasil é representado pelo Poder Executivo – não pode ratificar um tratado sem a aprovação do Congresso Nacional, também, não poderá denunciá-lo sem nova manifestação da mesma Casa de Leis.

Essa última corrente parece ser a melhor interpretação, na medida em que não se pode olvidar que o art. 49, I, da Carta Maior, prescreve que é da competência exclusiva do Congresso Nacional "[...] resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos

---

[218] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito e processo do trabalho na perspectiva dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 106.

[219] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito e processo do trabalho na perspectiva dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 106-110.

ao patrimônio nacional". E mais, tal competência não pode ser delegada, nos estritos termos do § 1° do art. 68 da Constituição Federal: "Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal [...].

É relevante observar, ainda, a previsão do art. 84 da Constituição, que estabelece a competência privativa do presidente da República, autorizando-lhe a dispor, mediante decreto, apenas sobre "[...] organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; [e] extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos" (inciso VI, *a* e *b*); ou expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis (inciso IV, do mesmo artigo).

A propósito, como destaca Jorge Luiz Souto Maior,[220] é interessante reparar que todo o decreto do presidente da República inicia-se com os termos: "O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV da Constituição Federal" ou "[...] no uso da atribuição que lhe confere o inciso VI, (alíneas *a* ou *b*) do art. 84 da Constituição Federal decreta". Contudo, no Decreto 2.100/1996, de forma totalmente diversa, consta apenas:

> O Presidente da República torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996.

Nesse contexto, a denúncia da Convenção n° 158 da OIT pelo Governo brasileiro, por meio do Decreto n° 2.100, de 20 de novembro de 1996, está eivada de inconstitucionalidade formal, quer porque denunciada fora do prazo convencional, ou seja, sem observância do prazo de dez anos a contar da vigência da Convenção n° 158, a partir da sua ratificação, quer porque o ato praticado pelo chefe do Poder Executivo, de denunciá-la, mediante decreto, sem o referendo do Congresso

[220] MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. Proteção contra a dispensa arbitrária e a aplicação da Convenção n° 158 da OIT. *Revista LTr,* São Paulo, v. 68, n. 11, p. 1323-1331, nov. 2004.

Nacional, extrapolou os limites de sua competência, constitucionalmente fixados.

Além da inconstitucionalidade formal supracitada, o ato presidencial brasileiro que culminou com a denúncia da Convenção n° 158 da OIT também está eivado de inconstitucionalidade material. A referida Convenção tem por objetivo a proteção (individual e coletiva) do trabalhador contra a despedida que não seja socialmente justificável, estando, portanto, em perfeita sintonia com o disposto no art. 7°, I, da Constituição Federal, que assegura a todo trabalhador "[...] relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa [...]", assim como os demais princípios de proteção do emprego espraiados no texto constitucional, como se infere, por exemplo, do art. 170, que dispõe que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por princípio, dentre outros, a busca do pleno emprego, e também do art. 193, que estabelece que "[...] a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivos o bem-estar e a justiça sociais". Os termos da Convenção, portanto, são constitucionais.

Nesse sentido, Jorge Luiz Souto Maior[221] afirma: "A Constituição brasileira no art. 7°, I, [...] veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa e o que faz a Convenção n. 158 é exatamente isto, demonstrando a nítida compatibilidade entre os dois sistemas". É relevante, ainda, o entendimento do ilustre magistrado ao enfrentar a questão sobre a inexistência da lei complementar direcionada pelo inciso I do art. 7° da Constituição ao sustentar:

> A inexistência de lei complementar não obsta a validade do preceito constitucional, que, no caso, destina-se a estabelecer o princípio de que se deve coibir a despedida arbitrária e que a aplicação, afinal, de tal princípio independe sequer de uma norma positiva que o regule. De todo modo, o máximo que uma lei complementar poderia fazer seria regular o preceito constitucional, não impedir sua eficácia [...]. Assim, a Convenção n. 158, estando de acordo com o preceito constitucional estatuído no artigo 7°, inciso I, complementa-o, não havendo qualquer validade no argumento de que a ausência de lei complementar, em razão de seu *quorum* qualificado, nega a aplicabilidade da Convenção, até porque a formação de uma Convenção, que se dá no âmbito internacional, exige muito mais formalismo que uma lei complementar, sendo fruto de um profundo amadurecimento

[221] MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. Proteção contra a dispensa arbitrária e a aplicação da Convenção n° 158 da OIT. *Revista LTr,* São Paulo, v. 68, n. 11, p. 1323-1331, nov. 2004.

> internacional, quanto às matérias por ela tratadas.[222]

Assim, com razão o magistério do professor Carlos Henrique Bezerra Leite:

> Podemos afirmar que o tratado *sub examen* [Convenção n° 158 da OIT] ao ingressar no nosso ordenamento jurídico passou a desfrutar do mesmo tratamento conferido aos direitos e garantias fundamentais contidos no Título I, Capítulos I e II, da *Lex Fundamentalis.* Fincada esta premissa primeira, chega-se à segunda, isto é, a de que a Convenção 158, por já se encontrar incorporada no ordenamento interno, na categoria de direito social fundamental, só poderá deixar de produzir efeitos no plano interno se: a) cessar a sua vigência no plano internacional; b) houver emenda à Constituição, suprimindo o direito ou a garantia fundamental (CF, art. 5°, § 2°); c)houver reforma constitucional disciplinando de forma diametralmente oposta ao princípio insculpido no seu art. 7°, inciso I, ou seja, se o princípio da proteção da relação de emprego for expressamente expungido do texto constitucional. Como corolário das duas premissas acima, extrai-se a conclusão de que o procedimento da denúncia da Convenção n. 158 da OIT, efetivado por ato unilateral do Presidente da República, reputa-se, também, materialmente inconstitucional.[223]

Além disso, como já destacado no Capítulo 2, item 2.6, os tratados internacionais – gênero, do qual são espécies as Convenções da OIT – ratificados pelo Brasil e que estabelecem direitos e/ou garantias individuais ou coletivas são, por força do art. 5°, §§ 1° e 2°, da Constituição Federal de 1988, recepcionados imediatamente no plano interno, na categoria de autênticas normas constitucionais, na medida em que prescindem de norma interna posterior para que possam produzir efeitos no ordenamento doméstico.[224] Tal entendimento veio a ser reforçado com a regra do § 3° do art. 5° da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Complementar n° 45, ao estabelecer que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do País como normas de hierarquia constitucional.

Nesse sentido, apesar de tímida, já tem se manifestado a jurisprudência, como se infere do seguinte julgado:

---

[222] MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. Proteção contra a dispensa arbitrária e a aplicação da Convenção n° 158 da OIT. *Revista LTr,* São Paulo, v. 68, n. 11, p. 1323-1331, nov. 2004.

[223] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito e processo do trabalho na perspectiva dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 112-113.

[224] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito e processo do trabalho na perspectiva dos direitos*

> **EMENTA: DISPENSA IMOTIVADA. DIREITO POTESTATIVO UTILIZADO DE FORMA ABUSIVA E FORA DOS PARÂMETROS DA BOA FÉ. NULIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 7º. I, DA CF/88, DOS ARTS. 421, 422 E 472 DO NOVO CÓDIGO CIVIL, DA CONVENÇÃO 158 DA OIT E DOS PRINCÍPIO GERAIS DO DIREITO E DO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO.** Todos os trâmites para validade da Convenção n. 158, da OIT, no ordenamento nacional foram cumpridos. Os termos da Convenção são, inegavelmente, constitucionais, pois a Constituição brasileira, no artigo 7°, I, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa, e o que faz a Convenção 158 é exatamente isto. O parágrafo 2°, do art. 5°, da CF/88, estabelece que os tratados internacionais – gênero do qual constituem espécies as Convenções da OIT – são regras complementares às garantias individuais e coletivas estabelecidas na Constituição. Assim, a Convenção 158, estando de acordo com o preceito constitucional estatuído no artigo 7°, inciso I, complementa-o. Além disso, a Constituição Federal de 1988 previu, em seu artigo 4º, que nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos (inciso II) e não se pode negar ao direito do trabalho o status de regulação jurídica pertencente aos direitos humanos [...]. A dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da 'lei da oferta e da procura', e que impõe, certamente, a aceitação dos trabalhadores a condições de trabalho subumanas, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico [...] (Processo TRT da 15ª Região - n° 00935-2002-088-15-00-3 RO – Recurso Ordinário, Vara de Origem: Vara do Trabalho de Lorena. Relator: Jorge Luís Souto Maior).[225]

Conclui-se, portanto, que não há óbice constitucional para aplicação da Convenção n° 158 da OIT, no território brasileiro. Pelo contrário, para a proteção do trabalhador, em especial, contra a dispensa que não seja socialmente justificável, a observância das regras e princípios emanados na referida Convenção é medida que se impõe.

Por derradeiro, cumpre registrar que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT), em 17-6-1997, ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade, Processo n° 1625-3, questionando o Decreto nº 2100, de 20 de dezembro de 1996, por meio do qual o presidente da República denunciou a Convenção da OIT nº 158, que já recebeu dois votos favoráveis e um contra. O então relator do processo, ministro Maurício Corrêa (aposentado) e o ministro Carlos Ayres Britto, em 2-10-2003, votaram no sentido de que a ação é procedente em parte por entenderem que, assim como o Congresso Nacional ratifica os tratados internacionais, deve ser ele o órgão a questioná-lo, em

---

humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 114.

[225] TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.gov.br>. Acesso em: 22 jan. 2006.

função do que julgaram que o decreto presidencial em questão deve ter interpretação conforme o art. 49, I, da Constituição Federal, de forma a condicionar a denúncia da Convenção n° 158 da OIT ao referendo do Congresso Nacional. O ministro Nelson Jobim julgou a ação improcedente, por entender que, no sistema constitucional brasileiro, a denúncia de tratado internacional é feita unilateralmente pelo presidente da República, que é quem representa o País na ação. Após o voto divergente do ministro Nelson Jobim, em 29-3-2006, o julgamento foi interrompido para vista do ministro Joaquim Barbosa. Até o dia 7-12-2007, conforme consulta do andamento processual no sítio do Supremo Tribunal Federal,[226] o ministro Joaquim Barbosa não havia se pronunciado sobre a ação.

3.2 DISPENSA ABUSIVA E DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

Atualmente, segundo o entendimento dominante, tanto o empregador como o empregado têm o direito de terminar o contrato de trabalho, amparados pelo direito potestativo – entendido como aquele direito que, para ser exercido, independe da anuência de outra pessoa. Por força do art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, até que advenha a lei complementar a que se refere o art. 7°, I, da Constituição Federal, o empregador não está obrigado a fundamentar a dispensa em qualquer motivação, sujeitando-se exclusivamente ao pagamento da indenização tarifada de 40% sobre os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Malgrado essa realidade, a banalização da despedida sem justa causa silencia a injustiça diante de tantas vítimas que podem ser ditas pelo sistema.[227]

Tirante o aspecto da denúncia da Convenção n° 158 da OIT pelo Governo brasileiro e a inexistência da lei complementar direcionada pelo art. 7°, I, da Constituição Federal de 1988, a exigência crítica impõe que se questione, especificamente, a participação da dogmática na banalização da despedida injusta, especialmente as decorrentes de ato abusivo ou discriminatório.

---

[226] Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 7 dez. 2007.

[227] WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade.* São Paulo: LTr, 2004. p. 23.

Para fundamentar a repressão de condutas como essas e evitar a chancela jurídica de atos maliciosos perpetrados “no exercício de um direito”, a doutrina francesa elaborou a chamada “teoria do abuso do direito”, com o objetivo de conceder subsídios para combater atos abusivos.

Antes de se iniciar um exame mais profundo acerca da dispensa abusiva e da dispensa discriminatória, entretanto, revela-se oportuno proceder à apreciação da teoria do abuso do direito, especialmente sob o enfoque do Código Civil de 2002. Somente então, com o entendimento da real concepção da teoria do abuso do direito, será possível compreender melhor o tema nuclear do presente estudo.

3.2.1 O abuso do direito à luz do Código Civil de 2002

A palavra abuso, segundo o Dicionário Aurélio, significa “[...] mau uso, ou uso errado, excessivo ou injusto; excesso, descomedimento, abusão; exorbitância de atribuição ou poderes”.[228] Já o vocábulo “direito” tem muitas acepções, mas, quando combinado com o vocábulo abuso, prende-se à noção do exercício dos direitos, que, na verdade, só se constituem para proporcionar benefícios, vantagens ou utilidades ao respectivo sujeito. Todavia, na lição de Caio Mário da Silva Pereira,[229] os doutrinadores modernos, encontrando várias hipóteses de desvirtuamento do conceito de justo, na atitude do indivíduo que leva a fruição do seu direito a causar malefícios a outro indivíduo, criam a figura do abuso do direito, com fundamento na regra da relatividade dos direitos, bem como na dosagem do conteúdo do exercício.

Em que pesem as diversas discussões para explicar a teoria do abuso do direito, à unanimidade, os autores sustentam “[...] que o abuso do direito, seja o que for, há de ser coibido”.[230] Não se pode admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu

---

[228] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa.* 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 17.

[229] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p. 429.

[230] WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova*

direito até o ponto de transformá-lo em prejuízo de alguém. Por conseguinte, o indivíduo, que tem o poder de realizar o seu direito, deve ser contido dentro de uma limitação ética, a qual consiste abarcar todo exercício que tenha por finalidade exclusiva causar mal a outrem, sujeitando, portanto, à reparação civil aquele que procede dessa maneira.[231]

Sobre a terminologia, Pontes de Miranda[232] assevera que não é recomendável a utilização da expressão "abuso de direito", porque transmite a idéia de oposição ao "abuso de fato", que inexiste. Existe "estado de fato" e "estado de direito", porém não "abuso de fato" ou "abuso de direito". O que se abusa é o direito. Portanto, recomenda-se a utilização da terminologia "abuso do direito" ou "abuso do exercício do direito".

No campo legislativo, o Código de Processo Civil revogado (de 1939) esboçou a definição do abuso do direito, imputando-o ao autor, quando "[...] intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro" (art. 3°, *caput*); ao réu, quando, "[...] no exercício dos meios de defesa, opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo" (art. 3°, parágrafo único); e a qualquer das partes, quando "[...] houver se conduzido de modo temerário no curso da lide" (art. 63, § 1°), ou "[...] ou tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação" (art. 63, § 3°).

No Código Civil brasileiro de 1916, não havia regra consagradora da teoria do abuso do direito, porém sua existência era extraída por uma interpretação a *contrario sensu* do seu art. 160, I, segunda parte, que dizia: "Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido". Daí, concluía-se: "[...] se não é ato ilícito o dano causado no exercício regular de um direito, é abusivo o exercício irregular".[233]

---

racionalidade. São Paulo: LTr, 2004. p. 110.

[231] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p. 430.

[232] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. 1, p. 351-352.

[233] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Por sua vez, o Código Civil brasileiro de 2002 corrigiu a falha do anterior e inseriu, expressamente, em seu corpo normativo, a previsão do abuso de direito, ao preceituar, em seu art. 187: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Na verdade, o novo Código Civil brasileiro adotou disposição muito semelhante à prevista no art. 334 do Código Civil português, *in verbis:* "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela finalidade econômica e social, pela boa-fé e pelos bons costumes".

Como destaca Edilton Meireles,[234] o Código Civil brasileiro de 2002 inovou ao conceituar o abuso do direito, pois, ao contrário da definição de ato ilícito, o legislador não fez qualquer referência expressa ao dano para configuração do abuso do direito. Já ao conceituar o ato ilícito propriamente dito, faz referência expressa ao dano como elemento integrante, como se infere do art. 186 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, *violar direito e causar dano a outrem*, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (grifo acrescido). Daí conclui que o dano não é requisito para configuração do abuso de direito, mas uma apenas uma de suas possíveis conseqüências. Ressalta, ainda, que, na definição do abuso do direito, não há qualquer referência à culpa, ao contrário do que ocorre no ato ilícito, pelo que, independentemente de culpa do agente pode o direito ser exercido abusivamente. A partir dessas considerações, o autor define abuso do direito como "[...] o exercício de um direito que excede manifestamente os limites impostos na lei, pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, decorrente de ato comissivo ou omissivo".[235]

Por seu turno, Bruno Miragem[236] aponta duas distinções entre o antigo Código e o atual: primeiro, o Código atual separou o ato ilícito da responsabilidade civil, tanto

---

v. 1, p. 431.

234 MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego.* São Paulo: LTr, 2004. p. 21.

235 MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego.* São Paulo: LTr, 2004. p. 22.

236 MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 842, p. 11-44, dez. 2005.

que aquele é tratado nos arts. 186 e 187 e esta é reservada em capítulo próprio do direito das obrigações, nos arts. 927 e seguintes; segundo, o Código Civil de 2002 adota duas cláusulas gerais de ilicitude, nos arts. 186 e 187, ao contrário do regime anterior, centrado no art. 159. Dessa forma, a nova lei promoveu uma alteração estrutural ao separar a ilicitude de sua conseqüência típica, a imputação de responsabilidade. Além disso, identificou duas hipóteses de ilicitude: na primeira, verifica-se, desde logo, a violação do direito subjetivo de outrem (e, nesse sentido, o descumprimento do dever jurídico genérico de não lesar); na segunda, a ilicitude, ao contrário, pressupõe a existência e o exercício de um determinado direito subjetivo, mas de modo a desbordar os limites estabelecidos expressamente pelo próprio ordenamento jurídico. Nessa segunda hipótese, não se exigiu a culpa ou o dano como elementos integrantes do conceito, mas apenas a violação dos limites estabelecidos ao exercício do direito pretendido.[237]

Assim, a nova concepção do abuso do direito não se dá de acordo com a concepção da teoria subjetiva, tal qual se herdou do direito clássico, mas cede espaço para uma concepção objetiva, que prescinde de dolo ou culpa para a sua caracterização.

Para a teoria subjetiva, o abuso do direito caracteriza-se quando presente o elemento intencional, ou seja, impõe-se que o agente tenha consciência de que o seu direito, inicialmente legítimo e segundo a lei, ao ser exercitado, desbordou para o excesso ou o abuso, de modo a lesionar ou ferir o direito de outrem. O elemento subjetivo é a reprovabilidade ou a consciência que poderá causar algum mal a outrem, assumindo esse risco ou deixando de prevê-lo quando deveria. Ao contrário da subjetiva, a teoria objetiva dispensa o elemento volitivo, de modo que basta que o comportamento exorbitante cause um mal, independentemente da vontade do agente.[238] Por fim, há ainda os que sustentam a teoria mista, eclética, segundo a qual devem ser considerados os dois fatores, ou seja, o subjetivo e o objetivo e daí faça decorrer a obrigação de ressarcir o dano.

---

[237] MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 842, p. 11-44, dez. 2005.

[238] STOCO, RUI. *Abuso do direito e má-fé processual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

No direito civil contemporâneo, a concepção do abuso do direito, pelo ângulo subjetivo ou eclético, não encontra mais relevância, sendo certo que o legislador nacional, por meio do art. 187 do Código Civil de 2002, adotou claramente a teoria objetiva, que afasta a motivação da conduta – culpa ou dolo – ao mesmo tempo em que não exige a presença do dano que, se existir, dará causa à indenização em face do art. 927 do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, tem-se o Enunciado n° 37 da I Jornad a de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, "[...] a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".[239]

Wilson de Souza Campos Batalha,[240] após fazer uma longa análise da teoria do abuso de direito, remontando até o direito romano e passando pelas teorias de Josserand, Ripert, Planiol e Lacambra, concluiu:

> Temos, portanto, a seguinte escala das limitações ao exercício dos direitos: os atos ilegais, que violam os limites objetivos do direito, que infringem a letra da lei; os atos abusivos, que não violam a letra da lei, mas violam o seu espírito, a finalidade da instituição, transpondo seus limites subjetivos; os atos excessivos, exercidos nos termos da lei e dentro do espírito da instituição, mas que provocam prejuízos excepcionais a terceiros, acarretando responsabilidade puramente objetiva, sem atenção ao requisito da culpa.

Para caracterização do abuso do direito, Edilton Meireles[241] aponta os seguintes pressupostos: prática de um ato permitido pelo direito positivo; decorrer de um ato comissivo ou omissivo; e ultrapassar os limites normais do exercício regular de um direito.

Se abuso do direito significa exceder-se no exercício do direito subjetivo, não se pode olvidar os limites impostos para o exercício do direito, segundo o art. 187 do Código Civil de 2002: os fins econômicos ou sociais, a boa-fé ou pelos bons

---

[239] JORNADA DE DIREITO CIVIL,1., 2002, Disponível em: <http://www.justicafederal.gov.br>. Acesso em: 31 jan. 2007.

[240] BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 2, p. 258.

costumes. Trata-se de conceitos plurissignificativos, os quais exigem do intérprete e do aplicador do Direito o competente esforço hermenêutico para estabelecer o sentido de sua aplicação. A função social do direito, como ensina Márcio Túlio Viana,[242] com espeque nas lições de Savigny, está na raiz de tudo. Nenhum direito tem um fim em si mesmo. O direito não se limita às palavras da lei. Ele sempre quer algo mais do que o seu verbo diz. Tem alma, um sentido que vai além dos desejos de seu titular. Por isso, se alguém se utiliza da norma em desacordo com a sua finalidade, não está obedecendo à norma, pois está seguindo apenas parte dela, a visível. A utilização se torna abuso, que fere tanto o direito quanto a sua violação literal.

É isso que acontece com as dispensas discriminatórias. Se a lei dá ao empregador a faculdade de escolher os seus empregados e dispensá-los, sem justa causa, com o mero pagamento de uma indenização tarifada (40% sobre os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), pelo menos até que seja promulgada a lei complementar direcionada pelo art. 7°, I da Constituição Federal, é em atenção ao princípio da propriedade privada, mas igualmente em razão de seu fim social. Assim, se o empregador se utilizar daquela faculdade para dar vazão aos seus preconceitos, como para dispensar um empregado porque contraiu o vírus do HIV/SIDA, estará não apenas violando aquela norma, mas também a literalidade de outra, exatamente a que impede, em todos os níveis a discriminação.

A evidência à teoria do abuso do direito é uma das grandes contribuições do novo Código Civil de 2002 ao direito privado brasileiro por intermédio do seu art. 187. Não se trata das antigas formulações históricas que vinculavam a noção de abuso à de ato emulativo, senão uma concepção renovada, que prescinde de culpa ou dolo, e visa a proteger o fundamento teleológico do Direito, bem como promover, na interpretação e aplicação das normas do ordenamento, elementos ético-jurídicos no exercício dos direitos subjetivos. Atua no sentido da limitação do exercício das

---

[241] MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego.* São Paulo: LTr, 2004. p. 32-33.

[242] VIANA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios: Análise da Lei n° 9.029/95. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000a. p. 354-367.

liberdades jurídicas, estabelecendo restrições, não chegando a consolidar-se como fonte autônoma de deveres jurídicos. Trata-se da aceitação da idéia de que todos os direitos subjetivos possuem uma finalidade social e econômica que deve ser respeitada pelos titulares desses direitos. Reforça, assim, o conceito de relatividade dos direitos subjetivos, não apenas afirmando que a vontade do titular não os controla completamente, mas igualmente caracterizando os limites dessa vontade, de acordo com os fins para os quais se conceberam tais direitos.[243]

3.2.2 Dispensa abusiva e dispensa discriminatória: conceitos

A dispensa de um empregado, como já destacado em linhas pretéritas, pode ter por fundamento uma causa prevista em lei como justificadora do término do contrato de trabalho, como as previstas no art. 482 da CLT, quando, então, será enquadrada como despedida por justa causa. Por outro lado, quando for provocada por um fato que não preenche os pressupostos configuradores da justa causa, surge a dispensa despedida sem justa causa.

Por sua vez, a dispensa sem justa causa (sem justo motivo justificador) é gênero, do qual é espécie a despedida arbitrária. Como subespécie da dispensa arbitrária, além das dispensas obstativa e dispensa retaliativa, surge a figura da dispensa abusiva.

Ainda que se concorde com o direito potestativo do empregador de dispensar o empregado, sem motivação, com o mero pagamento da indenização tarifada de 40% sobre os depósitos do FGTS, é certo que direito potestativo não é ilimitado, como já destacado no item 2.3, mesmo tratando de um direito como o de despedir, cuja prática independe da vontade do empregado, contudo, para que esse ato seja válido, devem ser observadas as diretrizes estabelecidas pelo ordenamento jurídico como a sua função social, sob pena de constituir abuso do direito.[244] Esse é também o entendimento seguido por Leonardo Vieira Wandelli:

---

[243] MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 842, p. 11-44, dez. 2005.

[244] TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 304.

> Assim, uma regra que permite o exercício da despedida como direito potestativo, ou seja, como exercício independente de prestação de outrem, *prima facie* eficaz para pôr fim à relação de emprego, atingindo a esfera jurídica do empregado, não exime o titular de defrontar-se com toda a complexidade do ordenamento jurídico vigente. Da aplicação coerente do direito como um todo à singularidade da situação complexa em que se dá o exercício do direito potestativo *prima facie*, pode resultar o afastamento da adequabilidade da regra permissiva já pressuposta e a prevalência de uma outra, proibitiva.[245]

Daí conclui o autor: "A despedida abusiva, assim, seria a despedida arbitrária qualificada por um *plus*, qual seja, o desvio da finalidade social do direito, decorrentes de princípios normativos de interesse estatal ou social".[246]

Nessa ótica, Sergio Torres Teixeira[247] conclui que a despedida abusiva é decorrente de motivo ilegítimo, cuja relevância transcende a relação individual de emprego, constituindo violação expressa a princípios de fundamental interesse público e/ou social. Em razão do motivo ensejador da vontade patronal, tal dispensa ultrapassa a seara do Direito do Trabalho e atinge postulados maiores, levando o exercício do direito de despedir a ser considerado abusivo.

Esse é também o entendimento do professor Arion Sayão Romita:

> A despedida abusiva é ato antifuncional, socialmente injustificado, contrário à função social da boa administração da empresa. Ao praticá-la, o empregador não inflinge ao empregado apenas um dano lícito (privá-lo do emprego), porém lhe causa novo dano, este ilícito e que soma ao primeiro. Não há sucessão no tempo. O ato é único, mas atinge dois interesses distintos do empregado, ambos juridicamente protegidos: um produz o direito à indenização compensatória pelo lícito emergente da privação do emprego; o outro gera o direito à indenização de direito comum, ante o dano ilícito que afeta a personalidade do empregado. A despedida abusiva constitui figura complementar da despedida comum.[248]

A dispensa abusiva, portanto, corresponde à dissolução do contrato individual de trabalho por motivo não apenas arbitrário, mas essencialmente anti-social,

---

[245] WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade.* São Paulo: LTr, 2004. p. 340.

[246] WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade.* São Paulo: LTr, 2004. p. 358.

[247] TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 160.

[248] ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho:* temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998. p. 461.

caracterizando o abuso de direito. Nesse tipo de dispensa, não há apenas a ausência de um dos requisitos caracterizados da justa causa ou a ausência de motivo econômico, financeiro, disciplinar e técnico (requisitos caracterizadores da despedida arbitrária), mas há algo mais: há violação da própria função social do respectivo direito subjetivo do empregador, transgredindo interesses estatais e sociais.

Em uma palavra, a despedida abusiva ocorre quando concretizada por motivos ilegítimos, alheios ao contrato de trabalho, constituindo desvio da finalidade social do direito. O empregador, ao dispensar um empregado por motivo discriminatório, está exercendo o seu direito de despedir não só de forma arbitrária, mas também de forma abusiva.

A despedida abusiva traduz-se num ato patronal contrário à conduta socialmente desejada. Repugna à sociedade o fato de um empregador despedir empregado seu, exorbitando dos limites do razoável e impingindo-lhe um mal maior, um ilícito civil. O empregador que despede de maneira abusiva ultrapassa os limites da responsabilidade contratual, desviando-se das finalidades ligadas ao seu poder de direção e organização. Toda vez que um empregador dispensar empregado por motivo despido de interesse legítimo, contrário à lei, à justiça ou à moral, estará dando azo à despedida abusiva.[249]

Quanto às hipóteses fáticas em que se dá a despedida abusiva, Sergio Torres Teixeira[250] aponta duas que receberam tratamento especial no âmbito das relações de trabalho no Brasil: primeiro, a decorrente de abuso de poder praticado por empregador público ao despedir empregado sem observância de um ou alguns dos princípios orientadores da Administração Pública Direta e Indireta; segundo, a despedida efetivada por motivo discriminatório, com base em distinção ilegítima e não tolerada pelo ordenamento jurídico. Já para Arion Sayão Tomita,[251] as hipóteses

[249] MEDEIROS, Alexandre Alliprandino. Demissão abusiva. *Revista Síntese Trabalhista,* n. 163, p. 131-141. jan. 2003.
[250] TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 420.
[251] ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho:* temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998. p. 462.

de despedida abusiva são muitas e não se pode estabelecer uma enumeração taxativa, na medida em que a vida sempre se encarregará de acrescentar alguma nova, não prevista anteriormente, pelo que, de forma exemplificativa, arrola como despedidas abusivas

> [...] aquelas que contrariam a moral e os bons costumes, as despedidas pelo exercício de atividades sindicais, por motivo de represália ou perseguição ante uma reclamação movida contra o empregador, pelo fato de ter prestado depoimento contra ele, despedidas discriminatórias por motivo de sexo, raça, religião, idéias políticas, etc.[252]

Tirante a questão da taxatividade – ou não – das hipóteses de dispensas abusivas, pode-se concluir que a dispensa decorrente de ato discriminatório encerra uma dispensa abusiva.

Com efeito, como já destacado em linhas pretéritas, a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3°, IV, da Constituição Federal) e preconiza que "[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (art. 5°, caput, da Constituição Federal), além de estabelecer que "[...] a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (art. 5°, XLI, da Constituição Federal).

Ficam vedadas, portanto, quaisquer formas de discriminação, ou seja, por motivo de origem, raça, sexo, cor, idade, religião, opinião pública ou qualquer fator não razoável de discrímen. Diante disso, a dispensa de empregado por motivo discriminatório se apresenta como um ato que transcende a relação empregatícia entre empregador e empregado, atingindo frontalmente um complexo de interesses maiores, pertencentes ao Estado e à sociedade, em total afronta aos ditames da Constituição Federal. Por conseguinte, a dispensa discriminatória configura uma verdadeira dispensa abusiva.

---

[252] ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho:* temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998. p. 462.

Nesse sentido é o magistério de Sergio Torres Teixeira:

> Ao dispensar o empregado por motivo discriminatório, o empregador está exercendo o seu direito de despedir de forma não apenas arbitrária (ou seja, sem causa econômica, financeira, disciplinar, técnica ou outra prevista em lei como justificadora), mas também de forma verdadeiramente abusiva. Há um evidente abuso do direito por parte do empregador, que exerce de modo ilegítimo um direito (abstratamente) legítimo. A resilição contratual se efetiva de modo contrário à sua finalidade, pois não se visa apenas pôr fim a uma relação de emprego, mas sim prejudicar um empregado por motivo discriminatório, puni-lo com o desemprego em virtude de visão preconceituosa da entidade patronal. Mesmo sendo, abstratamente, legítimo o direito de despedir, exercido de tais moldes o direito se revela irregular e anormal, em completo desvio de sua função social.[253]

A dispensa discriminatória encerra, assim, uma "[...] feição excessivamente anti-social, contrária não apenas aos princípios do Direito do Trabalho, mas igualmente antagônico aos mais basilares interesses do Estado e de toda a sociedade".[254]

Nesses moldes, a despedida não é tolerada pelo legislador, mas considerada ilegal por contrariar interesses que transcendem a relação de emprego. Registra-se, ainda, que o poder empresarial de resilição contratual encontra óbice no seu abuso. Não se trata, portanto, de enfrentamento ou ferimento do direito potestativo do empregador de resilir contratos, e sim de delimitar os seus contornos de modo que seja respeitado também o direito dos trabalhadores. Diante disso, a proibição de dispensa discriminatória será objeto de estudo do próximo capítulo.

3.3 VEDAÇÃO À DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

A Constituição Federal brasileira de 1988, conforme já insistentemente ressaltado, tem por escopo a erradicação de qualquer forma de discriminação (art. 3°, IV), assim como assegura que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5°, *caput*) e que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5°, LXI).

---

[253] TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 388.

Ao lado desses preceitos, o legislador constituinte consagrou preceitos específicos sobre isonomia e não-discriminação no campo das relações de trabalho, especialmente no seu art. 7°, que proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX); proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência (inciso XXXI); proíbe qualquer distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (inciso XXXII); assim como estabelece a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso (inciso XXXIV).

Os postulados da isonomia e da não-discriminação, no âmbito trabalhista, foram reforçados com a edição da Lei n° 9.029, de 13 de abril de 1995, que se destina a proibir práticas discriminatórias por parte do empregador, inclusive no tocante a efeitos de permanência da relação de emprego. Tal lei introduziu ao direito pátrio, de forma expressa e inequívoca, uma nova medida restritiva do direito de despedir, direcionada precisamente à vedação à despedida abusiva por motivo discriminatório. Com efeito, o art. 1° da respectiva lei estabelece:

> Art. 1° Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou a sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7° da Constituição Federal.

A Lei n° 9.029/1995 se destina a vedar toda e qualquer forma de discriminação patronal, independentemente do motivo da discriminação, não sendo exaustivo o elenco apresentado nas suas letras. Apesar de o dispositivo arrolar práticas discriminatórias por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, não significa que as demais formas de discriminação não estejam abrangidas pela norma, na medida em que o dispositivo também traz expresso que "[...] fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória [...]", sendo certo que a lei não contém palavras inúteis. Portanto tal enumeração não pode ser compreendida como taxativa, pois, se assim fosse, o preceito legal não faria menção

---

[254] TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 388.

a “qualquer prática discriminatória”.

A citada lei estabelece que o infrator de ato discriminatório está sujeito ao pagamento de “[...] multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinqüenta por cento em caso de reincidência” (art. 3°, I,); e “[...] proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais” (art. 3°, II).

Além disso, para as hipóteses de rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, o art. 4° da Lei n° 9.029/1995 fac ulta ao empregado discriminado optar entre o retorno aos quadros da empresa com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante o pagamento das remunerações devidas, ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento.

Assim, a partir da vigência da Lei n° 9.029/1995, n o território brasileiro, não resta dúvida de que é expressamente proibida qualquer prática discriminatória por parte do empregador (e seus prepostos), inclusive as dispensas de empregado decorrentes de atos discriminatórios. Todavia, apesar de todo esse arcabouço normativo coibindo as práticas discriminatórias nas relações de trabalho, com a cominação de multas administrativas e imposição de medidas reparatórias para o respectivo infrator, não se pode olvidar que, para a aplicação de tais medidas, a discriminação precisa ser provada.

A preocupação com a tutela jurisdicional nesses processos acentua-se na medida em que o tema da discriminação está umbicalmente ligado à proteção dos direitos humanos. A falha sistemática em assegurar a sua efetividade contribui para a propagação das condutas discriminatórias, aniquiladoras da dignidade da pessoa humana.[255] Nesse passo, de mister importância é a prova do ato discriminatório, examinado no próximo tópico.

[255] VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* São Paulo, ano 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005.

3.3.1 Prova da dispensa discriminatória

Nos termos do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, o ônus da prova incumbe a quem alega. Esse dispositivo, contudo, é pouco esclarecedor, razão pela qual, em face de sua excessiva simplicidade, cedeu lugar, não obstante a inexistência de completa omissão no texto consolidado, à aplicação conjugada do art. 333, I e II, do Código de Processo Civil, segundo o qual incumbe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos.

Verifica-se que essas disposições consagram apenas a igualdade formal dos litigantes, deixando de lado qualquer consideração quanto à possibilidade concreta que cada litigante tem de provar suas alegações, gerando, não raras vezes, efeito discriminatório, além de negar o comando constitucional que garante a todos o acesso à justiça (art. 5°, XXXVI, da Constituição Federal). Em outras palavras, o direito constitucional a uma prestação jurisdicional efetiva.

No plano processual, segundo Marcelo Abelha Rodrigues, uma prestação jurisdicional efetiva significa ter "[...] um processo de resultado, em que se possa dar e permitir, no plano dos fatos, exatamente aquilo que se teria caso ele, o processo, não fosse necessário".256 Já os juristas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart257 conseguem vincular a efetividade do processo à origem da tutela estatal ao lembrar que, "[...] se o Estado vedou a autotutela e assumiu o poder de solucionar os casos conflitivos concretos, ele também assumiu o grave dever de prestar aos cidadãos aquilo que denominamos de 'adequada tutela jurisdicional'". Na verdade, atualmente, a efetividade é tida como o maior desígnio do processo moderno, tal como se nota nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

> O processo, hoje, não pode ser visto como mero rito ou procedimento. Mas igualmente não pode reduzir-se a palco de elucubrações dogmáticas, para

[256] RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 93.

[257] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 65.

> recreio de pensadores esotéricos. O processo de nosso final de século é sobretudo um instrumento de realização efetiva dos direitos subjetivos violados ou ameaçados. E de realização pronta, célere e pouco onerosa. Enfim, um processo a serviço de metas não apenas legais, mas, também, sociais e políticas. Um processo que, além de legal, seja sobretudo um instrumento de justiça. Assim, o devido processo legal dos tempos de João Sem Terra tornou-se, em nossa época, o processo justo.[258]

Apresenta-se, assim, o processo como um instrumento para a realização da justiça e garantia dos direitos e dos interesses individuais, razão pela qual deve o processo propiciar à parte que o invocar a efetividade do resultado que ela poderia alcançar, caso lhe fosse permitido usar dos recursos próprios para exigir o cumprimento da lei.

Nesse contexto, não se pode simplesmente aplicar o disposto nos arts. 818 da CLT e 333, I , do CPC, atribuindo ao empregado uma prova que lhe é quase impossível – como no caso de demanda na qual se discute conduta discriminatória, especialmente quando se trata de discriminação indireta ou oculta, que ocorre de maneira sutil, não declarada – sob pena de se negar a tutela judicial devida para reparação da discriminação sofrida do trabalho. Nesses casos, há que se considerar a desigualdade do empregado em frente ao empregador, que toma proporções ainda maiores que as habituais, quando se trata da produção de provas, pois, como se não bastasse o estado de sujeição em que se encontra o empregado, é o empregador quem detém os meios de prova. Sob os cuidados do empregador, estão as provas documentais e sob a subordinação deste estão, na maioria das vezes, as possíveis testemunhas. Com efeito, o Código de Processo Civil, no art. 333, parágrafo único, inciso II, impede o estabelecimento de convenção que torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Por isso, considerando a dificuldade de o trabalhador provar as suas alegações, Estevão Mallet assevera:

> [...] condicionar a tutela do direito à apresentação de prova que, em decorrência de dificuldades materiais ou circunstanciais, a parte não é concretamente capaz de produzir significa, em termos práticos, impedir ou dificultar excessivamente o acesso à justiça, privando de tutela o direito [...]. Assim, as regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as

[258] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Execução: rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional. *Genesis: R*evista de Direito Processual Civil [on-line], Curitiba, n. 8, abr./jun. 1998. Disponível em: <http:/www.genedit.com.br/3rdpc/rdpc8/doutnac/humberto.htm>. Acesso em: 31 out. 2006.

> possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre à parte que alega, mas sobre a parte que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio.[259]

Portanto, para provar a discriminação, é possível falar em prova por indícios e presunções, como advoga Márcio Túlio Viana, segundo o qual a prova indiciária assume um peso maior, porquanto "[...] o juiz terá de valorizá-la bem mais do que nas situações comuns, sob pena de trair, por linhas tortas, o comando constitucional que garante o acesso à justiça".[260] Como exemplo, o referido jurista cita o caso de uma empresa que anuncia dez vagas e admite nove candidatas como vendedoras, mas não a décima que é casada, embora ela tenha apresentado os mesmos requisitos das outras. Nesse exemplo, resta evidenciada a conduta discriminatória em razão do estado civil. Daí adverte o autor:

> Cabe ao reclamante, naturalmente, demonstrar os indícios. Mas como eles fazem presumir a prática do ato ilícito, têm o poder de inverter o ônus da prova. Terá o empregador, então, de apresentar uma justificativa qualquer para a sua recusa ou, no mínimo, demonstrar que *não agiu* daquele modo com intenção discriminatória, mesmo porque, v.g., tem várias vendedoras casadas na mesma função. Mas a dúvida pesará contra ele, e não poderia ser de outro modo – já que é exatamente para decidir o impasse do juiz que a lei criou as regras do ônus da prova.[261]

Idêntico é o entendimento de Alice Monteiro de Barros,[262] para quem a exigência de prova da discriminação ou da intenção de discriminar inviabiliza o reconhecimento da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego. Todavia, adverte a citada autora que a pessoa considerada discriminada deverá apresentar fatos que permitam deduzir "indícios racionais" de discriminação, ao passo que o empregador deverá destruir a presunção, apresentando o motivo capaz de justificar o tratamento desigual.

---

[259] MALLET, Estevão. Discriminação e processo do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000. p. 156-168.

[260] VIANA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios: Análise da Lei n° 9.029/95. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000a. p. 354-367.

[261] VIANA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios: Análise da Lei n° 9.029/95. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000a. p. 354-367.

[262] BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000. p. 36-78.

Nesse sentido, segue a iterativa jurisprudência do colendo Tribunal Superior do Trabalho, conforme se infere da Súmula n° 16: "Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua regular postagem. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus da prova do destinatário". Outro exemplo é a Súmula n° 43 do TST: "Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1° do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade de serviço".

Assim, também têm sido as decisões proferidas nos processos envolvendo ato discriminatório, como se verifica na sentença prolatada nos autos da reclamatória trabalhista n° RT 16299/2000, 1ª Vara do Trabalho de Curitiba, pelo juiz do trabalho doutor Leonardo Vieira Wandelli, que aborda a discriminação por idade:

> Com efeito, não se pode exigir, daquele que alega ter sido submetido a prática discriminatória, prova cabal da discriminação, posto que esta não deixa recibo. Exigi-lo seria realizar no processo uma discriminação gritante em desfavor daquele cuja proteção contra a discriminação se trata de aplicar, posto que implicaria em um ônus probatório quase inatingível. Da mesma forma que o ato ilícito, a prática discriminatória deve ser deduzida de indícios e circunstâncias, à vista dos quais passa a ser do réu o ônus de evidenciar que não se valeu de critério discriminatório.[263]

Por outro lado, como adverte Márcio Túlio Viana, aqui incide também o princípio da aptidão para prova, que transfere ao litigante mais apto o encargo de convencer o juiz. O empregador reúne documentos e estrutura de prova mais facilmente que o empregado, sendo dele ainda os riscos do empreendimento e, por extensão, também o risco da demanda.[264] Isso, no processo do trabalho, implica inverter em considerável número de casos o ônus da prova em benefício do empregado, a parte vulnerável, hipossuficiente.

O legislador comum, para facilitar a tutela judicial nas relações de consumo, equilibrando a desigualdade existente entre os sujeitos envolvidos nessas relações, preceitua, no art. 6°, VIII, do Código de Defesa do Consumidor constituir prerrogativa do consumidor

> [...] a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do

[263] Disponível em <http://www.trt15.gov.br>. Acesso em: 5 jun. 2007.

[264] VIANA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios: Análise da Lei n° 9.029/95. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000a. p. 354-367.

> ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímel a alegação ou **quando for hipossuficiente**, segundo as regras ordinárias de experiência (grifo acrescido).

Kazuo Watanabe,[265] ao dissertar sobre o tema, alerta que, na primeira situação prevista no art. 6º, qual seja, a existência de verossimilhança na alegação, não há verdadeira inversão do ônus da prova, senão que, nesse caso, o magistrado considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Já na segunda hipótese prevista no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, a da hipossuficiência, vislumbra-se verdadeira inversão do ônus da prova.

É importante destacar que o requisito da hipossuficiência não se refere, necessariamente, à condição econômica do consumidor, embora também esse aspecto mereça ser considerado. Daí para que se configure essa hipótese, há que se verificar a existência de desequilíbrio gritante entre as partes. Ademais, a vulnerabilidade do consumidor pode ser aferida pela sua condição social, nível educacional, entre outros. Nesses casos, embora as alegações possam considerar-se não verossímeis, admite-se a inversão do ônus da prova em razão da manifesta posição de superioridade do demandado.

No processo do trabalho, o aspecto da hipossuficiência não causa espécie. A condição de inferioridade do trabalhador em relação ao empregador é manifesta na relação empregatícia, de forma que o processo do trabalho, por meio de mecanismos processuais, busca atingir o equilíbrio entre as partes. A dificuldade de produção de provas pelo empregado é fato reconhecido na seara trabalhista. Tanto é assim que a prova documental pode ser relativizada quando invocado o princípio da primazia da realidade.

A hipossuficiência (geralmente econômica) do empregado perante o empregador e as dificuldades de acesso aos meios probatórios também autorizam o juiz do trabalho a aplicar a inversão do ônus da prova. Apesar de quase não ser usado, no processo do trabalho, o citado dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, pelo

---

[265] WATANABE, Kazuo (Colab.). *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do projeto.* Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 733.

princípio da especialidade, a jurisprudência trabalhista vem mitigando a rigidez das normas previstas nos arts. 818 da CLT e 333, I e II, do CPC, passando a admitir a inversão do ônus da prova, como se infere das Súmulas nºs 212 e 338, I, do Tribunal Superior do Trabalho:

> 212 – DESPEDIMENTO – ÔNUS DA PROVA
> O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.
> [...]
> 338 – JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA.
> I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de freqüência **gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho**, a qual pode ser elidida por prova em contrário (grifo acrescido).

Congruente com o entendimento exposto, caminha o magistério de Elaine Machado Vasconcelos, juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

> O tratamento principiológico das questões de direito ínsitas nas condutas discriminatórias abre a possibilidade de superação da postura estrita do positivismo na construção jurisprudencial. O direcionamento do ônus da prova para o acusado da prática de atitude discriminatória se afigura mais assente com o necessário equilíbrio entre o capital e o trabalho e, conseqüentemente, com o princípio da proteção, mormente diante das dificuldades encontradas pelo discriminado em realizar a prova de suas alegações, quando normalmente indisponíveis os meios probatórios para tanto. Esta foi a orientação que permeou a possibilidade de inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, art. 6º, inciso VIII) .[266]

A partir desse entendimento, a citada autora propõe uma postura diferenciada do magistrado para as hipóteses de alegação de prática discriminatória por parte do empregador (reclamado) ou seus prepostos, na relação de emprego, consistente no dever de o juiz aplicar o art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho conjugado com o princípio protetivo, como derivação do princípio constitucional da isonomia, e, por conseqüência, determinar a inversão do *onus probandi,* revertendo ao

[266] VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* São Paulo, ano 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005.

empregador a obrigação de provar a inexistência da conduta discriminatória.[267]

Aliás, a partir da instituição do procedimento sumaríssimo pela Lei n° 9.957, de 12 de janeiro de 2000, que acrescentou os arts. 852-A a 852-I na Consolidação das Leis do Trabalho, resta claro o cabimento da inversão do ônus da prova nos domínios do direito processual do trabalho, uma vez que o art. 852-D da CLT dispõe textualmente:

> Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

É importante observar que tal regra não é específica do procedimento sumaríssimo, como bem adverte o professor Carlos Henrique Bezerra Leite,[268] para quem, em matéria de prova, não é o procedimento que vai autorizar o juiz a dirigir o processo em busca da verdade real, levando em consideração as dificuldades naturais que geralmente o empregado-reclamante enfrenta nas lides trabalhistas, pelo que sustenta ser analogicamente viável a aplicação da regra do art. 852-D da CLT a qualquer procedimento do processo trabalhista, com apenas uma advertência: esse princípio só tem lugar quando não existirem outras provas nos autos suficientes à formação do convencimento do julgador acerca dos fatos alegados pelas partes.

Não se pode olvidar que, uma vez produzida a prova, perde totalmente a importância saber qual parte tinha o encargo de produzi-la (princípio da aquisição processual da prova). Nesse passo, a comprovação dos fatos alegados na demanda pode ser satisfeita por meio das provas produzidas por qualquer das partes.

Por sua vez, a magistrada Regina Maria Vasconcelos Dubugras,[269] para provar

---

[267] VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* São Paulo, ano 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005.

[268] LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 422-423.

[269] DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Discriminação no emprego: formas, defesas e remédios jurídicos. *Revista LTr,* São Paulo, v. 66, n. 11, p. 1334-1339, nov. 2002.

condutas discriminatórias, sugere que, além dos meios de prova convencionais, seja analisada não só a conduta isolada do empregador quanto à prática do ato objeto do litígio, mas também a história do empregador quanto ao seu perfil discriminatório ou não, como as estatísticas quanto ao número de empregados com características potencialmente discrimináveis existentes na empresa, como o número de mulheres, o número de pessoas com idade superior a 40 anos.

A prova da discriminação, portanto, pode ser feita não só pelos meios convencionais, conforme art. 818 da CLT e art. 333, I e II, do CPC, mas também por meio de indícios e presunções. Porém, é importante observar que não basta a mera alegação da discriminação, porquanto é necessário que o empregado apresente indícios que ensejem a presunção do suposto ato discriminatório. Ademais, ainda é possível a inversão do ônus probatório, quando verificada verossimilhança da acusação, revertendo-se ao empregador (reclamado) a obrigação processual de provar a inexistência da conduta discriminatória.

3.3.2 Efeitos da dispensa discriminatória

A resilição do contrato de trabalho pelo empregador, sem justa causa, implica ao empregado o direito a uma indenização compensatória pela perda do emprego, ou seja, o equivalente a 40% sobre os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo do Serviço, nos termos do art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7°, I, da Constituição Federal. Em certos casos, porém, como já visto, o ato de despedir é especialmente qualificado por um motivo discriminatório, por conseguinte, o dano produzido pelo exercício abusivo do direito deve ser indenizado, com o efetivo sancionamento do ofensor, objetivando atingir, além da satisfação do lesado, o desestímulo social para outras condutas de igual natureza.

A Lei n° 9.029/1995 tipificou como crime determinad as práticas discriminatórias, no seu art. 2°, I e II, estipulando, como sanção para as respectivas práticas, a pena de

detenção de um a dois anos e multa pecuniária. Assim, a lei aumenta a eficácia da norma constitucional, nos casos que especifica, pois os criminaliza.[270] Contudo, não se pode aplicá-la às hipóteses não previstas, pois, tratando-se de condutas tipificadas como crime, há de ser aplicada a interpretação restritiva. Assim sendo, o elenco apresentado pelo legislador é exaustivo, constituindo-se crime apenas as práticas discriminatórias especificadas na letra da lei, *in verbis:*

> Art. 2° Constituem crimes as seguintes práticas discriminatórias:
> I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;
> II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:
> a) a indução ou instigamento à esterilização genética;
> b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde – SUS.
> Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Conforme se depreende do citado dispositivo legal, a terminação do contrato de trabalho por ato discriminatório do empregador não está arrolada entre as condutas criminalizadas. Nessas hipóteses, portanto, a sanção penal não poderá ser aplicada por falta de previsão legal, nos termos do art. 1° do Código Penal: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação penal".

A Lei n° 9.029/1995, sem prejuízo da cominação criminal, estabelece, no seu art. 3°, que o empregador violador de tais diretrizes se torna suscetível à aplicação de "[...] multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregado, elevado em cinqüenta por cento em caso de reincidência" (inciso I); e, ainda, "[...] a proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais" (inciso II). Essas cominações, ao contrário da sanção penal, são perfeitamente aplicáveis para todos os tipos de discriminação praticada pelo empregador – e seus prepostos – na relação jurídica de trabalho, inclusive nas dispensas discriminatórias, pois o *caput* do art. 3° é taxativo ao dispor que as

[270] VIANA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios: Análise da Lei n° 9.029/95. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000a. p. 354-367.

cominações são aplicáveis para “[...] as infrações do disposto nesta lei [...] ”, que veda a “[...] adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção [...]” (art. 1º).

Tais medidas são importantes para coibir a discriminação na relação de emprego, sobretudo pelo caráter pedagógico das sanções penais e administrativas, todavia elas não se destinam a reparar o dano causado ao trabalhador lesado. Nessa hipótese, portanto, surge para o empregado o direito a uma indenização, que não se confunde com a indenização compensatória da simples perda do emprego – a prevista no art. 10, I, do ADCT – e com ela se acumula.

No Estado Democrático de direito, todo aquele que tenha sido ameaçado ou atingido por qualquer prática discriminatória faz jus à atuação do Estado-juiz capaz de prevenir ou reparar plenamente as lesões cometidas contra seus direitos. A dispensa discriminatória corresponde a um ato abusivo e, como tal, deve ser repreendido. Pedro Baptista Martins, escrevendo ainda na primeira metade do século XX, assim já entendia:

> [...] a nosso ver, não é absoluto o direito de despedir o empregado injustamente, pagando-lhe apenas a indenização fixada pela Lei n. 62. Quando esse motivo ilegítimo assume caráter de manifesta imoralidade, a condenação deve ser baseada em critérios diversos. Poderemos, acaso, assistir de braços cruzados à praxe abusiva de certas empresas que impõem o celibato às suas empregadas, despedindo sistematicamente as que se casam. As sanções da Lei n. 62 são insuficientes, porque mesmo na sua vigência ainda prevalece aquele costume deprimente.[271]

O autor refere-se à Lei n° 62, de 5 de junho de 193 5, que assegurava ao empregado da indústria e do comércio, não existindo prazo estipulado para a terminação do contrato de trabalho, indenização para a dispensa sem justa causa. Como se vê, nessa época, já se sustentava que a mera indenização prevista para a dispensa sem justa causa não era suficiente para a reparação de ato abusivo.

O sempre citado Arion Sayão Romita elucida bem a questão:

---

[271] MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense 1997, p. 62.

> Se a dispensa se dá por justa causa, o empregado não pode pretender indenização alguma. Se a despedida é arbitrária, ou sem justa causa, o obreiro tem direito à indenização compensatória. Se a despedida é abusiva, o empregado deve receber nova indenização, pois, neste caso, além de sofrer a perda do emprego (indenização compensatória), sofre dano adicional, que reclama reparação autônoma [...]. Quando o empregador não age no exercício de um interesse legítimo, justo, normal, e pratica ato que excede os limites do instituto, que repugna ao sentimento da justiça e da moral, com evidente desvio dos fins a que se dirige o poder de direção e organização, surge o direito à indenização por despedida abusiva.[272]

Com razão o autor ao afirmar que a dispensa abusiva reclama uma reparação autônoma, uma vez que a indenização compensatória tem por escopo reparar apenas a perda do emprego, e não o ato abusivo.

Referindo-se à discriminação praticada por empregador, Márcio Túlio Viana aponta as seguintes conseqüências para essa ilicitude:

> [...] o empregado pode ajuizar ação indenizatória para reparação de danos morais e (se for a hipótese) materiais. No primeiro caso, com base no fato da simples discriminação em si: trata-se como se sabe de ato ilícito, e é o que basta. No segundo caso, com funamento na responsabilidade pré-contratual do empregador.[273]

Com efeito, o empregador que despedir empregado, causando-lhe o dano da perda do emprego por motivo discriminatório, estará praticando ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil de 2002, aplicável subsidiariamente ao Direito do Trabalho, por força do art. 8° da Consolidação das Leis do Tr abalho, pelo que ficará responsável pelo pagamento de indenização compensatória, como conseqüência do ato danoso, como prevê o art. 927 do novo Código Civil: “[...] Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O novo Código Civil brasileiro também tem por nulo todo negócio jurídico em que for ilícito tanto o objeto (inciso II do art. 166) como seu motivo determinante (inciso III do art. 166). Assim, restando caracterizado o abuso do direito de romper

---

[272] ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho:* temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998. p. 460.

[273] VIANA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios: Análise da Lei n° 9.029/95. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000a. p. 354-367.

unilateralmente o contrato de trabalho por ato discriminatório, tem-se como nula a despedida injusta, determinando-se a reintegração no emprego. A reintegração decorre do fato de o contrato não ter sido rompido validamente, partindo-se do pressuposto de que o ato abusivo, enquanto nulo, não gera nenhum efeito. Como não gera efeito, por conseguinte, o contrato de emprego continua em pleno vigor. Assim, o retorno ao *status quo ante*, diante da nulidade, é o restabelecimento do vínculo empregatício.[274]

Daí o empregado dispensado por ato discriminatório faz jus a retornar ao seu posto de trabalho, bem como a receber uma indenização pelo dano sofrido. Para reforçar tal entendimento, afastando qualquer sombra de dúvida sobre o direito à reintegração do trabalhador, vítima de dispensa discriminatória, a Lei n°9.029, de 13 de abril de 1995, em seu art. 4°, dispõe expressame nte:

> Art. 4° O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:
> I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;
> II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

À luz desse dispositivo legal, o empregado dispensado por ato discriminatório terá a possibilidade de optar pela reintegração (readmissão) ou pelo recebimento de uma indenização (percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento). Essa opção é similar à prevista no art. 496 da CLT – para os antigos casos de estabilidade, anteriores ao sistema do FGTS – que autorizava ao juiz converter a reintegração em indenização, quando o restabelecimento do vínculo empregatício fosse desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando o empregador era pessoa física. Todavia, o legislador inova, pois agora a opção é do próprio trabalhador e não mais do juiz. E mais, como já destacado, o vocábulo “readmissão” utilizado pelo legislador representa uma atecnia, porquanto a terminação do contrato de trabalho por ato discriminatório é nula, por conseguinte, trata-se de reintegração e não de readmissão.

---

[274] MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego.* São Paulo: LTr, 2004. p. 215.

A reparação prevista no art. 4° da Lei n° 9.029, de 13-4-1995 – reintegração ou percepção de indenização – refere-se apenas ao dano material sofrido pelo empregado com a perda do emprego, que não se confunde e não elimina o direito de o trabalhador receber indenização pelo eventual dano moral sofrido, conforme autoriza o art. 5°, V e X, da Constituição Federal de 1988, porquanto, via de regra, "[...] a discriminação em si mesma já provoca um sofrimento, e reclama alguma forma de alívio. A recuperação do emprego é insuficiente. Põe as coisas nos devidos lugares, mas apenas sob o aspecto material. A dor persiste".[275]

Como destaca Elaine Machado Vasconcelos,[276] com espeque na lição do professor Luís R. Cardoso de Oliveira, para essas hipóteses, deve haver uma consideração muito mais ampla e sensível, que contemple também uma reparação moral, pois somente assim serão observadas as três dimensões temáticas presentes nas causas judiciais que envolvem discriminação: primeira, a dimensão dos direitos vigentes, na qual é feita uma avaliação da correção normativa do comportamento das partes no processo em apreço; segunda, a dimensão dos interesses, na qual é feita uma avaliação dos danos materiais provocados pelo desrespeito a direitos e é atribuída uma indenização à parte prejudicada ou uma pena como forma de reparação; e terceira, a dimensão do reconhecimento, por meio da qual os litigantes querem ver seus direitos tratados com respeito e consideração, sancionados pelo Estado, garantindo o resgate da integração moral de suas identidades. Por fim, a autora arremata:

> Constantemente observamos nas decisões judiciais a consideração das duas dimensões acima abordadas, ao passo que a terceira ou aparece de forma tácita ou é totalmente excluída do processo judicial, o que denota uma ausência de sensibilidade ao ponto de vista das partes [...]. A importância do reconhecimento ou reparação moral se faz muito presente nos processos de conduta discriminatória do empregador ou um de seus prepostos contra o empregado, pois este já se encontra em um estado de subjugação e fragilidade dentro da relação de emprego em um país de distâncias avassaladoras entre o capital e trabalho. Se tal situação é

[275] VIANA, Márcio Túlio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios: Análise da Lei n° 9.029/95. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000a. p. 354-367.

[276] VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* São Paulo, ano 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005.

> agravada por uma conduta discriminatória, possivelmente se instala um verdadeiro drama psicológico, dependendo da gravidade da situação.[277]

Idêntico é o entendimento de Paulo Jakutis,[278] juiz titular da 18ª Vara do Trabalho de São Paulo, nos seguintes termos:

> Após o referido diploma [Lei n° 9.029 de 1995], con tudo, a possibilidade de reintegração é inequívoca. Não é demais destacar, porém, que o trabalhador ainda terá a possibilidade de optar pela reintegração ou por uma indenização –, que, obviamente, não elimina a possibilidade (de), nem se confunde (com) o pedido de indenização pelo dano moral [...].

Ademais, a discussão, travada no passado, sobre o cabimento do dano moral em variadas hipóteses, é matéria superada. Atualmente, a lei prevê de maneira genérica, como se verifica no art. 6º, VI e VII, da n° Lei 8.078/90, sendo possível acumular o dano moral e o dano material, conforme Súmula n° 37 do Superior Tribunal de Justiça: "São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundas do mesmo fato".

Daí, com o escopo de preservar a dignidade no trabalho, mister que as dispensas discriminatórias praticadas pelo empregador e seus prepostos sejam coibidas, mediante a aplicação de multas administrativas, mas também com a obrigação de a entidade patronal pagar indenização por danos materiais e morais, objetivando, com essas medidas, atingir, além da satisfação do lesado, a inibição da perpetuação de tais condutas.

E mais, como adverte Jorge Luiz Souto Maior,[279] a discriminação, atingindo a dignidade da pessoa agredida, trata de tema de direitos humanos, portanto, a proteção do trabalhador discriminado transcende até mesmo o poder do Estado. O Estado brasileiro, como signatário da Declaração Interamericana de Direitos

---

[277] VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* São Paulo, ano 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005.

[278] JAKUTIS, Paulo. *Manual de estudo da discriminação no trabalho:* estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006. p. 170.

[279] MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Anúncios de empregos:* discriminação e responsabilidade. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA, em 1-8-2003, na sede Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo.

Humanos, deve responder à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelos seus atos e omissões que digam respeito à eliminação das discriminações, podendo ser compelido pela Corte Interamericana de direitos Humanos a inibir a violação dos direitos humanos e até a reparar as conseqüências da violação desses direitos mediante o pagamento de indenização justa à parte lesada, nos termos do art. 63 do Pacto São José da Costa Rica.[280]

3.4 ALGUMAS HIPÓTESES DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

3.4.1 Em razão do trabalhador com mais idade

Ao lado das mulheres e dos negros, os trabalhadores de mais idade são os que mais sofrem de práticas discriminatórias no mercado de trabalho. Esses trabalhadores segregados em razão da idade são aqueles que atingiram a maturidade e ainda possuem rigor físico, porém, não raras vezes, são considerados "ultrapassados", "velhos", "inadaptáveis às inovações" ou, ainda, "caros", tendo em vista o acúmulo de benefícios que adquiriram no longo dos anos de trabalho. Assim, torna-se mais econômico substituí-los por trabalhadores mais jovens. Nesse perfil, estão desenhados os trabalhadores com mais de 40 anos de idade.

A discriminação referente à idade é expressamente vedada pela Constituição Federal de 1988, quando arrola, entre outros direitos dos trabalhadores, a "[...] proibição de diferença de salários, de exercícios de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil" (art. 7°, XXX) e quando adota, como objetivo fundamental (art. 3°, IV), a promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras discriminações.

De igual forma, o art. 1° da Lei n° 9.029 de 1995 veda qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua

[280] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: Pacto de *San José da Costa Rica.* In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito*

manutenção. Dessarte, é expressamente proibida a discriminação por idade na relação de emprego, inclusive dispensar empregado em razão da idade. Daí, caso isso venha ocorrer, a entidade patronal infratora deverá responder pelo ato danoso, conforme já destacado no item anterior.

Na apreciação judicial de tais dispensas, tirante a questão da dificuldade da prova, quando resta comprovada a dispensa discriminatória por motivo de idade, a Justiça do Trabalho tem reconhecido a abusividade do ato e determinado a reintegração do trabalhador. Para ilustrar, destaca-se o julgamento proferido nos autos do processo RO 00159-2006-135-03-00-3, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Minas Gerais, relatado pelo desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, no qual o Tribunal, invocando a Convenção n° 111 da Organizaç ão Internacional do Trabalho, a Declaração da Filadélfia e a Constituição Federal brasileira (art. 5°, XLI), reconhece que, no âmbito do Direito do Trabalho, eventual resilição contratual baseada na discriminação, enseja pelo menos duas sanções: a reintegração, com direito a parcelas vencidas amplamente atualizadas, e a indenização por dano moral. No entanto, a dispensa discriminatória, não foi reconhecida, na medida em que o Tribunal, diante da prova pericial realizada, entendeu que restou evidenciado "[...] um percentual extremamente equilibrado, no que tange à idade dos empregados despedidos, sem qualquer tendência a um comportamento discriminatório". O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> 17049636 - DISCRIMINAÇÃO. DISPENSA EM RAZÃO DA IDADE. PROVA PERICIAL - PERFIL DO MERCADO DE TRABALHO E PERFIL EMPRESARIAL. Discriminação, de acordo com a Convenção n. 111, de 1958, editada pela Organização Internacional do Trabalho, é toda e qualquer distinção, separação, exclusão ou preferência estabelecida sobre a raça, a cor, a nacionalidade, a convicção filosófica ou política, a crença religiosa, o sexo, a idade, o estado civil, a necessidade especial, a opinião, a origem e a classe social, que têm por finalidade explícita, direta e imediata, eliminar ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento relacionado com o trabalho ou a profissão, quer quanto à admissão ou permanência. Desse raio de incidência, afasta-se a denominada discriminação positiva, que se caracteriza pela fixação de uma diferença em benefício de determinadas pessoas, como as acima enumeradas, exemplificativamente, com o fito de estabelecer uma igualdade socialmente rompida, seja qual for o motivo. Se a intenção é a correção da desigualdade, a discriminação é tolerada e muitas vezes até incentivada

internacional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 536-551.

> pela via legislativa. Com atos desta natureza, procura-se fixar um tratamento diferenciado entre os desiguais, na medida da desigualdade existente entre eles, proporcionando certo equilíbrio social. A Declaração de Filadélfia estatui que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e ao desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais, constituindo a discriminação, nesta mesma diretiva, grave violação aos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo que deve ser combatida por toda a sociedade para o seu próprio bem-estar. A Constituição Federal formadora do Estado democrático de direito, fundado, dentre outros princípios, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e no pluralismo, prescreve, em seu artigo 5º, inciso XLI, que a Lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Obviamente, que o mencionado dispositivo legal não se limita à persecução e respectiva punição na esfera penal. Isso é importantíssimo, mas não é tudo. No âmbito do Direito do Trabalho, eventual resilição contratual baseada na discriminação enseja pelo menos duas sanções: A) reintegração, com direito a parcelas vencidas amplamente atualizadas; b) indenização por dano moral. Na sociedade pós-moderna, info-info (baseada na informática e na informação), perante a qual o trabalho do homem vem sofrendo enormes transformações, estatísticas têm mostrado a prática de certas discriminações no mercado de trabalho relacionadas com a cor, o sexo e a idade, sendo certo que, quanto a este último aspecto, o mercado está praticamente fechado para o ingresso de jovens entre dezoito e vinte e seis anos e adultos com mais de quarenta anos. Não obstante esse quadro assustador, tais pesquisas refletem uma macro-visão do mercado de trabalho, cujos resultados não podem ser aplicados automaticamente às dispensas sem justa causa. Se a prova pericial, meio hábil para desvelar o perfil das resilições de determinada empresa, evidencia um percentual extremamente equilibrado, no que tange à idade dos empregados despedidos, sem qualquer tendência a um comportamento discriminatório, inclusive com variações e intercessões na curva minimamente ascendente por provável adesão a PDV. Plano de demissão voluntária. Não há como se entender configurada a dispensa discriminatória. (TRT 3ª Região, RO 00159-2006-135-03-00-3, Quarta Turma, relator juiz Luiz Otávio Linhares Renault, julgado em 6-12-2006, DJMG 27-1-2007).[281]

Já em outro processo similar, RO 00055-2005-135-03-00-8, também do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Minas Gerais, relatado pelo juiz Cleube de Freitas Pereira, no qual restou comprovada a dispensa pelo motivo discriminatório da idade, foi reconhecido o direito do trabalhador, nos termos do art. 1° da Lei n° 9.029/95, com a anulação da dispensa e a respectiva reintegração ao emprego, conforme se infere da seguinte ementa:

> **7034288 - DISPENSA. NULIDADE.** Comprovada a dispensa pelo motivo discriminatório da idade, impõe-se a sua anulação, com a respectiva reintegração ao emprego. Nesse sentido o artigo 1º da Lei nº 9.029/95. 'Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito

[281] Disponível em: <www.magister.com.b>. Acesso em: 9 out. 2007.

> de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal' (TRT 3ª Região, RO 00055-2005-135-03-00-8, Oitava Turma, relator juiz Cleube de Freitas Pereira, DJMG de 15-7-2006, p. 25).[282]

Nesse último julgado, observa que, apesar da dispensa discriminatória, o dano moral sequer foi cogitado, certamente por não haver pedido nesse sentido, o que evidencia o pouco conhecimento dos jurisdicionados em relação a seus direitos fundamentais – como a indenização por dano moral, nos termos do art. 5°, V e X da Constituição Federal – e a falta de acesso à Justiça no Estado brasileiro, a despeito do texto constitucional de 1988 assegurar, no art. 5°, XXXV, que "[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Na relação de emprego, o trabalhador com mais idade não está sozinho no rol dos excluídos por discriminação. O alcoolista também é alvo de represálias do empregador, conforme será analisado no próximo tópico.

3.4.2 Em razão de alcoolismo

A embriaguez habitual, na relação de emprego, é tipificada como uma falta grave, que autoriza a dispensa por justa causa, conforme art. 482, *f*, da CLT: "Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: [...] f) embriaguez habitual ou em serviço".

O dispositivo consolidado não distingue o trabalhador acometido de doença do alcoolismo daquele que não o é. Com espeque nesse dispositivo consolidado, muitos empregados alcoolistas são dispensados por justa causa. Todavia, esse entendimento não se coaduna com a visão atual do alcoolista. Na verdade, revela uma prática discriminatória do empregador, muitas vezes, por desconhecimento, inclusive dos mais intelectualizados, de que o trabalhador é portador de uma

[282] Disponível em: <www.magister.com.b>. Acesso em: 9 out. 2007.

enfermidade.

O tema não é novo. O alcoolismo foi incorporado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1967, à Classificação Internacional das Doenças (CID-8), que define o alcoolismo como o estado psíquico e também geralmente físico, resultante da ingestão de álcool, caracterizado por reações de comportamento que sempre incluem uma compulsão para ingerir álcool de modo contínuo e periódico, a fim de experimentar seus efeitos psíquicos e por vezes evitar o desconforto de sua falta.

Nesse passo, o tipo legal do art. 482, *f*, da CLT, tem de ser aplicado com inquestionáveis restrições e até mesmo desconsiderado em muitos casos. Registra-se, com Maurício Godinho Delgado, "[...] a tendência contemporânea de considerar-se o alcoolismo uma doença, que deve ensejar o correspondente tratamento medicinal, e não, simplesmente, o exercício do poder disciplinar do empregador".[283]

Seguindo essa nova corrente interpretativa, destaca-se também Alice Monteiro de Barros[284] ao dispor:

> [...] há uma vertente jurisprudencial que sustenta ser a embriaguez habitual do empregado doença degenerativa e fatal, logo, o empregado alcoólatra deverá ter seu contrato suspenso e ser encaminhado à Previdência Social para controle do vício, ou então aposentado por invalidez, dependendo do quadro clínico, pois está ele acometido de doença catalogada no CID. Ele é considerado muito mais como um desafortunado do que como um mau profissional e, por isso mesmo, deverá ser encaminhado ao serviço de saúde.

Pertinente, pois, é a lição de Amauri Mascaro Nascimento, para quem "[...] a embriaguez habitual deve ser afastada da lei como justa causa".[285]

Nesse sentido tem se inclinado a jurisprudência:

> **17057029 - DISPENSA POR JUSTA CAUSA. EMBRIAGUEZ. TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO.** A conduta da autarquia, ao oferecer a

[283] Disponível em: <www.magister.com.b>. Acesso em: 9 out. 2007.
[284] BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 1995. p. 848.
[285] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 557.

> um empregado vítima de alcoolismo oportunidade de tratamento, enquanto o reclamante, também alcoólatra, é dispensado por justa causa caracteriza-se como discriminatória, pois a reclamada em razão do mesmo fato tratou diferentemente dois funcionários, e, assim, a desigualdade de tratamento por parte da reclamada quanto a situações idênticas importou em vulneração, por seu cunho discriminatório, o art. 5º *caput* e 7º, XXX e XXXII da Constituição da República/88. Todos invocados por analogia. I. (TRT 3ª Região, RO 01745-2005-053-03-00-8, Terceira Turma, relatora desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães, Julgado em 14-2-2007, DJMG 3-3-2007).[286]

No contexto atual, estando consolidado pela Organização Mundial da Saúde que o alcoolismo é uma doença, as vítimas desse mal assim devem ser tratadas, merecendo de toda a sociedade, e especialmente do empregador, um olhar destituído de preconceito e impregnado de compreensão. O trabalhador, vítima do alcoolismo, encontra-se doente, portanto, precisa de tratamento e não de punição. Além disso, é preciso que sejam envidados esforços para alteração da alínea *f* do art. 482 da CLT para que a embriaguez habitual seja afastada da lei como justa causa.

3.4.3 Em razão do trabalhador portador do vírus HIV

Os trabalhadores infectados com o vírus da imunodeficiência humana (HIV) – que causa a AIDS, denominação popular da síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA) – além dos terríveis malefícios da doença, ainda, têm sido vítimas de discriminação no meio ambiente do trabalho e, não raro, alvo de dispensas discriminatórias.

Atenta a esses fatos, a Organização Internacional do Trabalho, juntamente com a Organização Mundial de Saúde, lançou, em junho de 2001, o "Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre HIV/AIDS no mundo do trabalho",[287] com o objetivo de oferecer diretrizes relativas à epidemia do HIV/AIDS no mundo do trabalho e na promoção do trabalho decente.

---

[286] Disponível em: <www.magister.com.b>. Acesso em: 9 out. 2007.

[287] REPERTÓRIO DE RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS DA OIT SOBRE HIV/AIDS NO MUNDO DO TRABALHO. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. 2. ed. Brasília: OIT, 2004. Disponível em:

Desse relatório infere-se que a AIDS é transmitida pela via sexual, por meio de parceiro infectado e sem proteção (a forma mais comum); pela via sangüínea, mediante transfusão de sangue ou hemoderivados; e pela via materno-filial, por meio da gravidez, parto e amamentação. Depreende-se, ainda, que na grande maioria dos ofícios e das situações laborais, o trabalho não acarreta nenhum risco de contaminação ou transmissão do vírus HIV, seja de um empregado para outro, seja de um empregado para um cliente ou de um cliente para um empregado.

Estando, assim, delimitadas as possibilidades reais de contágio pelo vírus HIV, não há razão que justifique a dissolução do contrato de trabalho do soropositivo por iniciativa do empregador. Ao contrário, é mais um motivo para a continuidade da relação de emprego, como forma a mitigar o impacto da doença sobre o empregado, pois confere não só a possibilidade do trabalhador sentir-se capaz e útil, mas também garante a sua própria subsistência.

Nesse passo, o citado repertório traz, entre os seus princípios-chave, o princípio da continuidade da relação de emprego, com os seguintes fundamentos:

> A infecção pelo HIV não é motivo para término de contrato. Como acontece com outros tantos problemas de saúde, as pessoas com doenças relacionadas ao HIV deveriam poder trabalhar enquanto estivessem clinicamente em condições de desempenhar trabalho viável e adequado.

De igual forma, a não-discriminação também está arrolada entre os princípios-chave do repertório, que dispõe:

> No espírito de trabalho decente e em respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa infectada pelo HIV/AIDS, não deveria haver discriminação de trabalhadores com base em situação real ou presumida de HIV. A discriminação e a estigmatização de pessoas que vivem com HIV/AIDS inibem os esforços para a continuidade da relação de emprego.

Os efeitos tão deletérios do HIV/AIDS somente podem ser minimizados mediante responsabilidade social do Estado e da sociedade. Por sua vez, o empregador, como membro da sociedade, também é responsável, especialmente, em atenção à

<http://www.oitbrasil.org.br/info/download/hiv_aids_pt.pdf>. Acesso em: 4 out. 2007.

função social do contrato de trabalho e dos princípios fundamentais constitucionais: da igualdade, da não-discriminação, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Portanto, o empregador tem o dever de propiciar condições para o desempenho do empregado contaminado com o vírus do HIV e a conseqüente melhoria da sua qualidade de vida, e não simplesmente dispensar tal empregado, tratando-o como um objeto, que pode ser descartado quando não se apresenta na sua melhor forma.

Nesse contexto, a Convenção nº 142 da OIT,[288] ratificada pelo Brasil, e a Recomendação nº 150 da OIT tratam, especialmente, sobre formação e orientação profissionais das pessoas minoradas, recomendando-se assessoramento individual além de medidas para garantir a integração ou a reintegração dos minorados físicos ou mentais na vida produtiva, em um ambiente normal de trabalho, podendo aí serem incluídos os portadores do HIV/AIDS.

No âmbito interno, como já reiteradamente destacado neste trabalho, a Constituição Federal de 1988 estabelece, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a erradicação de qualquer forma de discriminação e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, III e IV.) . Já em seu art. 5º, XLI, a Carta Magna estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI).

Com efeito, a Lei n° 9.029, de 13 de abril de 1995, veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (art. 1º), assim como estabelece que o rom pimento da relação de trabalho por ato discriminatório faculta ao empregado optar entre o retorno ao posto de trabalho, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento (art. 4º).

[288] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n° 111 da OIT.* Disponível em: <http://www.dgert.msst.gov.pt/Conteudos%20de%20ambito%20geral/OIT/legislacao_oit/conv_142_dec_62_80.htm>. Acesso em: 5 out. 2007.

Todavia, alguns doutrinadores sustentam a inaplicabilidade dessa lei para o caso de dispensa discriminatória de empregado portador do vírus HIV. Sergio Pinto Martins[289] sustenta que Lei n° 9.029/1995, refere-se apenas a exames relativos à esterilização, a controle de gravidez ou a controle de natalidade, preceitos que dizem respeito à mulher e não a determinada doença; ou em relação a sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade relação a sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, em função do que, essa lei é dirigida à proteção das mulheres e não a doentes.

Alice Monteiro de Barros,[290] também, nega a aplicabilidade da Lei n° 9.029/1995 para os casos de dispensa discriminatória de empregado soropositivo, contudo, por outros fundamentos, *in verbis:*

> Se a Lei Ordinária n° 9.029, de abril de 1995, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, tivesse incluído o estado de saúde, ao lado dos motivos de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, que relacionou, não haveria dificuldade na interpretação e conseqüente deferimento da reintegração do portador do HIV no emprego, pois essa lei a prevê, embora com imprecisão técnica faça menção à readmissão, mas com direito a salários. Não se pode aplicar a Lei n° 9.029 aos portadores do HIV, uma vez que ela contém preceito de natureza penal, insuscetível de i interpretação analógica ou extensiva.[291]

Tais entendimentos*, data maxima venia*, não parecem os mais acertados, porque apesar da Lei n° 9.029/1995 voltar-se mais para a questão de gênero, os motivos arrolados no seu art. 1° – em relação a sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade – são meramente exemplificativos, ao passo que, ao lado de tais motivos, traz expressa a vedação à "qualquer pratica discriminatória", o que, por certo, conforme já destacado no item 2.9, abrange a discriminação por doença.

Já a tipificação penal, realmente, não autoriza a interpretação analógica ou

---

[289] MARTINS, Sergio Pinto. Os efeitos do contrato de trabalho do empregado portador do vírus HIV. *Revista IOB trabalhista e previdenciária,* São Paulo, v. 19, n. 220, p. 29-37, out. 2007.

[290] BARROS, Alice Monteiro de. Os efeitos do contrato de trabalho do empregado portador do vírus HIV. *Revista IOB trabalhista e previdenciária,* São Paulo, v. 19, n. 220, p. 7-28, out. 2007.

[291] BARROS, Alice Monteiro de. Os efeitos do contrato de trabalho do empregado portador do vírus

extensiva, todavia, as práticas discriminatórias tipificadas como crime, na Lei n° 9.029/1995, estão limitadas as hipóteses expressamente previstas no art. 2° da referida lei, ou seja, a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez (inciso I) e a adoção ou instigamento à esterilização genética (inciso II).

Assim, não se verifica óbice para aplicação da Lei n° 9.029/1995 para os casos de dispensa discriminatória de empregados portadores do vírus HIV.

De outro giro, não se pode olvidar que as dispensas discriminatórias, sejam em razão de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, sejam em razão de doença, violam os direitos fundamentais da pessoa humana, em total afronta à Constituição Federal de 1988 (arts. 1°, I II; 3°, I e IV; 5°, *caput).* Nessa linha, conforme já destacado no item 3.3.2, que aborda os efeitos da dispensa discriminatória, se o empregado portador do vírus HIV for dispensado por ato discriminatório fará jus a ser reintegrado no emprego.

Nesse sentido segue a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, conforme se infere dos seguintes precedentes:[292]

> RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. A dispensa arbitrária e discriminatória do empregado portador do vírus HIV gera o direito à reintegração, em face dos princípios constitucionais que asseguram a dignidade da pessoa humana e vedam as práticas discriminatórias. Recurso de revista a que se nega provimento. (TST; RR 3968-2001-028-12-00; Quinta Turma; relator ministro Gelson de Azevedo; Julgado em 18-5-2005; DJU 3-6-2005).
>
> EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. A SDI-1 do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus HIV,

---

HIV. *Revista IOB trabalhista e previdenciária,* São Paulo, v. 19, n. 220, p. 7-28, out. 2007.

[292] Disponível em: <www.magister.com.b>. Acesso em: 9 out. 2007.

a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o caput do art. 5º da CF/88. Recurso não conhecido. (TST; RR 50933/2002-902-02-00; Quarta Turma; relator ministro. Antônio José de Barros Levenhagen; Julgamento em 9-3-2005; DJU 22-4-2005).

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração ou indenização correspondente. Recurso não conhecido. (TST; RR 654.496/00.1; Segunda Turma; relator juiz convocado Horácio Raimundo de Senna Pires; julgamento em 1-12-2004; DJU 11-2-2005).

4 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NO COMBATE ÀS DISPENSAS DISCRIMINATÓRIAS

A Constituição Federal de 1988 elevou o Ministério Público a instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-o da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

Já a Lei Orgânica do Ministério Público da União – Lei Complementar n° 75, de 20 de maio de 1993 – do qual o Ministério Público do Trabalho é ramo (art. 128 da Constituição Federal), em seu art. 2°, dispõe: “Incumbem ao Ministério Público as medidas necessárias para garantir o respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição Federal”.

O art. 5° da Lei Complementar n° 75/1993, ao enumerar as funções institucionais do Ministério Público da União, no inciso I, repetindo o disposto no art. 127 do texto

constitucional de 1988, contempla:

> I - a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios:
> [...]
> c) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...] ;

Nesses objetivos fundamentais constitucionais, constam, entre outros, "[...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3°, III, da CF) e "[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3°, IV, da CF).

Para viabilizar o atingimento das metas colimadas, o legislador estabeleceu ao Ministério Público da União a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, conforme art. 6°, VII, da LC n° 75/1993, para a pro teção dos direitos constitucionais; dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; além de outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (alíneas *a, b,* e *d*).

Tais dispositivos são aplicáveis ao Ministério Público do Trabalho, por decorrência lógica de ser um dos ramos do Ministério Público da União, e a matéria ser de ordem geral, portanto afeta a todos os ramos da instituição ministerial. Além disso, a norma de encerramento contida no art. 84, *caput*, da LC n° 75/93, preceitua: "Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito de suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I".

O Capítulo II da LC n° 75/93 refere-se, especificam ente, ao Ministério Público do Trabalho, estabelecendo, no art. 83, que compete ao Órgão o exercício das seguintes atribuições junto à Justiça do Trabalho:

> I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas;
> II – manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse

> público que justifique a intervenção;
> III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, *para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos* (grifo acrescido) [...];

Nesse passo, o Ministério Público do Trabalho é a instituição que, por excelência, tem o poder-dever de buscar a igualdade de oportunidades a todos os brasileiros, especialmente nas relações de trabalho, visando a resguardar o pleno exercício da cidadania, haja vista que a discriminação no trabalho é uma forma de se atentar contra os direitos humanos, a ordem jurídica e o próprio regime democrático.

Ademais, o direito à igualdade e à não-discriminação trata-se, incontestavelmente, de típico direito individual indisponível, diretamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1°, III, da Constituição Federal.

Por conseguinte, o Ministério Público do Trabalho, ramo do Ministério Público da União, que atua em situações e controvérsias decorrentes das relações trabalhistas (art. 128, I, *b*, da Constituição Federal), poderá utilizar todos os instrumentos processuais e procedimentais, que a Constituição e a legislação infracontitucional colocam à sua disposição, para desincumbir-se da importante tarefa que o constituinte lhe reservou, ou seja, a de zelar pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos direitos sociais indisponíveis, no âmbito da relação de emprego.

Conforme se extrai dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal de 1988 e dos arts. 83 e 84 da Lei Complementar n° 75 de 1993, há duas formas de atuação do Ministério Público do Trabalho: uma função preventiva e outra repressiva, judicial ou extrajudicial.

A atuação do Ministério Público do Trabalho é de suma importância no combate à discriminação e à promoção de igualdade de oportunidades. Primeiro, porque trata-se, na verdade, de um poder-dever chancelado pelo Estado, em que o Ministério Público do Trabalho exerce a sua função institucional como órgão agente. Segundo, porque o combate à discriminação no emprego não interessa apenas aos

empregados, por ela diretamente atingidos, mas atinge à sociedade como um todo. Terceiro. Terceiro, porque a tutela coletiva apresenta-se muito mais efetiva que a individual, pois se presta a evitar a consumação da lesão e não expõe um trabalhador isoladamente, alcançando todos os que sofreram ou possam vir a sofrer discriminação patronal.

A propósito, João Batista Luzardo Soares Filho preceitua:

> Não tenho dúvidas de que os interesses defendidos particularmente nas hipóteses de discriminação no emprego, são preponderantemente supra-individuais e coletivos (comuns a determinada coletividade) e impõem soluções homogêneas para a composição de conflitos. E como a discriminação tem caráter genérico, exsurge o campo para a Ação Civil Pública.[293]

É importante observar, como adverte o procurador do trabalho, Manoel Jorge Silva Neto,[294] "[...] ainda que a discriminação tenha atingido um único empregado, implica na verdade, em desrespeito a interesse metaindividual pelas repercussões desencadeadas na empresa ou na comunidade".

Ressalte-se, ademais, que, por meio das ações coletivas, evita-se a fragmentação dos conflitos, como salienta Kazuo Watanabe:

> A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de fragmentação e conferirá peso político mais adequado às aços destinadas à solução desses conflitos coletivos.295

Com efeito, a Procuradoria-Geral do Trabalho inseriu o combate à discriminação no trabalho entre as suas metas institucionais prioritárias, tendo, inclusive, criado, por meio da Portaria n° 273, [296] de 28 de outubro de 2002, a Coordenadoria Nacional de

---

[293] SOARES FILHO, João Batista Luzardo. Discriminação no emprego. In: SENTO-SÉ, Jairo (Coord.). *Desafios do Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2000. p. 77-83.
[294] SILVA NETO, Manoel Jorge, *apud* GOSDAL, 2003, p. 257-258.
[295] WATANABE, Kazuo (Colab.). *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do projeto.* Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 729.
[296] MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br>. Acesso em:

Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (COORDIGUALDADE), que tem por objetivo:

> [...] estabelecer estratégias de atuação do MPT na promoção da igualdade de oportunidades e eliminação da discriminação de gênero e raça, as quais objetivarão resultados efetivos, inclusive por meio da implementação de 'ações afirmativas' por parte por parte das empresas que estejam adotando práticas discriminatórias, para que seja promovida a chamada 'discriminação positiva'.

Nesse passo, os membros do Ministério Público do Trabalho já vêm atuando para combater às práticas discriminatórias, como demonstra a ação civil pública ajuizada pela Procuradoria Regional do Trabalho da 20ª Região,[297] decorrente da instauração do procedimento preparatório de inquérito civil n° 000142/2000, em face de Bompreço Bahia S.A., tendo em vista a divulgação de vagas de emprego pela empresa exigindo, entre outros atributos, idade média entre 18 e 25 anos. Conforme consta na petição inicial, em audiência administrativa, o preposto da empresa confessou que, "[...] no tocante à limitação de idade não é usual tal procedimento por parte da empresa, sendo que deve ter ocorrido por algum lapso." Por conseguinte, o Ministério Público do Trabalho arrolou os seguintes pedidos:

> a) condenar a empresa Bompreço Bahia S.A. nas obrigações de não fazer consistentes em abster-se de utilizar como critério de admissão a idade e a estatura de candidatos, e também o sexo, cor, o estado civil e a situação familiar, bem como abster-se de publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor, ao estado civil, à situação familiar ou à estatura dos candidatos, em respeito à Constituição Federal (art. 1°, III e IV; art. 3°, IV e art. 7°, XXX) e à CLT (art. 373-A, I);
> b) impor a empresa Bompreço Bahia S.A. no caso de descumprimento da obrigação de não fazer multa no valor de R$ 10.000,00 (de mil reais) por vaga que vier a ser anunciada com referência a sexo, cor, o estado civil e a situação familiar, bem como abster-se de publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor, ao estado civil, à situação familiar ou à estatura dos candidatos, ou por candidato que deixar de ser contratado por não atender a tais requisitos. A multa deverá ser revertida ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador;
> c) condenar a empresa Bompreço Bahia S.A. no pagamento de indenização por dano moral coletivo, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), reversível ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador.[298]

---

5 jun. 2006.

[297] REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, Brasília, n. 25, p. 320-336, mar. 2003.

[298] REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, Brasília, n. 25, p. 320-336, mar. 2003.

A bem ver, deve o Ministério Público do Trabalho atuar para instrumentalizar todo o arcabouço de direitos conquistados pelos grupos discriminados, para que, desse modo, a sociedade possa, realmente, ser livre, justa e solidária, seguindo os cânones constitucionais de respeito, igualdade e dignidade entre todos os cidadãos.

CONCLUSÃO

Como síntese deste trabalho, seguem-se as principais conclusões lançadas ao longo do desenvolvimento

Os “direitos do homem”, os naturais, são aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana, capazes de atender às suas necessidades, de forma a assegurar a sua dignidade, mas ainda não positivados, enquanto os “direitos humanos” compreendem os direitos positivados em normas internacionais. Já os “direitos fundamentais” são aqueles reconhecidos e positivados no âmbito do direito interno dos Estados. A definição de quais direitos são fundamentais é resolvida no âmbito de cada ordenamento jurídico, normalmente especificados na Constituição de cada país, recebendo uma tutela reforçada que os diferencia dos demais direitos.

A concepção contemporânea dos direitos fundamentais compreende a liberdade (direitos civis e políticos, como direitos de primeira dimensão), a igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais, como direitos de segunda dimensão) e a fraternidade ou solidariedade (direitos ou interesses metaindividuais, como direitos de terceira dimensão)

Todos esses direitos não são categorias isoladas, que se excluem, mas que se complementam, dado o caráter de universalidade, indivisibilidade, interdependência e complementaridade que esses direitos assumem no ordenamento jurídico brasileiro e no direito internacional.

A Constituição Federal brasileira de 1988, rompendo a ideologia das constituições anteriores, que misturavam a ordem social com a ordem econômica, inseriu os direitos sociais básicos (a educação, a saúde, o trabalho, entre outros) no rol dos direitos e garantias fundamentais.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Assembléia Geral das Nações Unidas, em 19-12-1966, ratificado pelo Brasil,

vigente, no ordenamento jurídico brasileiro, desde 1992, reconhece, em seu preâmbulo, que os direitos sociais, econômicos e culturais são inerentes à dignidade da pessoa humana e que o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como seus direitos civis e políticos.

Assim, os direitos sociais dos trabalhadores são autênticos direitos fundamentais (de segunda dimensão) e constituem cláusulas pétreas, razão pela qual não podem ser objeto de emenda constitucional proposta tendente a aboli-los.

De outro giro, a temática dos direitos fundamentais está intimamente relacionada à teoria geral da cidadania. Por sua vez, a cidadania encontra-se ligada à preservação e ao respeito da dignidade da pessoa humana.

A dignidade é uma qualidade intrínseca do ser humano, não podendo ser considerada como algo que possa ser concedido pelo ordenamento jurídico nem retirado de nenhum ser humano, embora possa ser violada, podendo-se, portanto, exigir respeito e proteção a ela.

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui a essência ou o núcleo basilar e informador do ordenamento jurídico pátrio, exercendo um papel axiológico na orientação, na compreensão e na hermenêutica do sistema constitucional, ou seja, constitui o fundamento de todos os direitos humanos e, em especial, dos direitos fundamentais.

O constituinte de 1988 também deu enfoque especial à igualdade, que se apresenta, na Constituição Federal, tanto como princípio quanto como regra constitucional. A atual concepção de igualdade há de desenvolver-se sob a égide da obrigatoriedade da redução das desigualdades. Em outras palavras, não basta que o Estado se abstenha de discriminar, de considerar igualmente as pessoas, mas faz-se necessário que o Estado atue, positivamente, no sentido de reduzir as

desigualdades sociais, intervindo como agente ativo de promoção de políticas de igualdade. A não-discriminação é a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade.

Partindo-se do disposto no art. 1° da Convenção n° 111 da Organização Internacional do Trabalho, tem-se que toda distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, idade, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional, origem social ou qualquer fator não razoável de discrímen praticada pelo tomador dos serviços, que tenha por objetivo prejudicar, destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou ocupação, inclusive diferenciação das condições de trabalho, constitui discriminação.

Os casos condenáveis de discriminação são aqueles cujos motivos escolhidos para distinção, avaliação e julgamento dos grupos ou pessoas vítimas da discriminação são injustos e irrazoáveis, não justificando, de forma alguma, a atuação negativa em relação a elas. Por isso, a discriminação nada mais é do que uma das mais terríveis afrontas ao tão importante princípio da igualdade e, conseqüentemente, ao princípio da dignidade humana.

O preconceito é uma das razões que dão origem à discriminação. Todavia, além do preconceito, há outros motivos que ensejam a discriminação, como o ódio, a “superioridade racial”, a antipatia, a ignorância, o temor, a intolerância e a política meditada e estabelecida.

No âmbito das relações de emprego, a discriminação pode ocorrer na admissão, no curso do contrato, na dissolução do pacto laboral e, até mesmo, após a extinção do vínculo empregatício, de forma direta, indireta ou oculta. A discriminação direta ou intencional ocorre de forma explícita, abertamente, mediante o tratamento desigual fundado em razões proibidas (raça, sexo, estado civil, idade ou outra característica enumerada na lei), enquanto a discriminação indireta ocorre por meio de um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos. A discriminação oculta diferencia-se da indireta apenas no aspecto

intencional. Na primeira, está presente a intenção, enquanto, na segunda, a intenção não existe.

Pode-se falar também em discriminação negativa e positiva. A negativa refere-se à noção comum de discriminação, representada pela adoção de critérios desiguais em relação a sujeitos, supostamente, titulares dos mesmos direitos e obrigações. Já a discriminação positiva, também chamada de ação afirmativa, é representada por políticas públicas destinadas a eliminar situações de desigualdade maior, na busca da justiça social tão desejada.

As ações afirmativas, voltadas à concretização da igualdade material, devem ser estimuladas cada vez mais, com o objetivo de atenuar os efeitos da discriminação, seja ela oriunda da cor, gênero, idade, raça, seja de qualquer outra forma de discriminação. Do contrário, a desigualdade será mantida e perpetuará.

Na ordem externa, há diversas normas que vedam práticas discriminatórias e foram ratificadas pelo Brasil, como a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), a Convenção Interamericana Para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

A Organização Internacional do Trabalho, por sua vez, celebrou diversas convenções visando à promoção da igualdade de tratamento e de oportunidades, cabendo destacar a Convenção n° 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, ratificada pelo Brasil, vigente, no sistema jurídico doméstico, desde 26 de novembro de 1966.

Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil, têm hierarquia constitucional, seja pelo disposto no art. 5°, §§ 1° e 2°, da Constituição Federal, que concede um tratamento especial aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no

plano do ordenamento jurídico interno; seja pelo disposto no § 3° do art. 5° da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional n° 45/2004, que reconhece de modo expresso o caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos.

No plano interno, a Constituição Federal de 1988 prevê um largo e consistente sistema de promoção da igualdade, assim como veda prática discriminatória (arts. 3°, III e IV; art. 5°, I, XLI, XLII; 7°, XX, XXX, X XXI, XXXII e XXXIV). Por sua vez, a Consolidação das Leis do Trabalho também veda qualquer forma de discriminação (art. 3°, parágrafo único; art. 373-A). Já a Lei n° 9.029, de 13 de abril de 1995, amplia o combate à discriminação no emprego, proibindo qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção.

Entre os direitos e garantias fundamentais, a Carta de 1988 garante a proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7°, I).

A dispensa sem justa causa equivale àquela que se basear na capacidade ou comportamento do empregado, todavia não passível de censura juridicamente relevante a constituir uma justa causa, nos termos do art. 482 da CLT, enquanto a despedida arbitrária equivale à dispensa não fundada em motivo econômico, financeiro, técnico, disciplinar ou qualquer outra causa legalmente prevista para a terminação do contrato.

A denúncia da Convenção n° 158 da Organização Inter nacional do Trabalhado pelo Governo brasileiro, por meio do Decreto n° 2.100, de 20 de novembro de 1996, está eivada de inconstitucionalidade formal, quer porque denunciada fora do prazo convencional (sem observância do prazo de dez anos a contar da vigência da Convenção n° 158, a partir da sua ratificação), que r porque o ato praticado pelo chefe do Poder Executivo, de denunciá-la, mediante decreto, sem o referendo do Congresso Nacional, extrapolou os limites de sua competência, constitucionalmente fixados na Constituição de 1988 (arts. 49, I, e 84, IV e VI, alíneas *a* e *b*).

Desse modo, não há óbice constitucional para aplicação da Convenção n° 158 da OIT, no território brasileiro. Pelo contrário, para a proteção do trabalhador e, especialmente, contra despedida que não seja socialmente justificável, a observância das regras e princípios emanados na referida Convenção é medida que se impõe.

Por outro lado, para fundamentar a repressão de condutas abusivas e evitar a chancela jurídica de atos maliciosos perpetrados “no exercício de um direito”, como ocorre com as dispensas discriminatórias, a doutrina elaborou a chamada “teoria do abuso de direito”. Essa teoria não era expressamente prevista no nosso Código Civil de 1916, a sua aplicação era extraída da interpretação de seu art. 160, I. Porém, o novo Código Civil corrigiu a falha do anterior e inseriu a teoria do abuso do direito expressamente no seu art. 187, com uma concepção renovada, que não se dá de acordo com a concepção da teoria subjetiva, tal qual se herdou do direito clássico, mas cede espaço para uma concepção objetiva, que prescinde de dolo ou culpa para a sua caracterização.

A prova da discriminação pode ser feita não só pelos meios convencionais, nos termos do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e art. 333, I e II, do Código de Processo Civil, mas também por indícios e presunções. Além disso, é possível a inversão do ônus probatório, quando verificada verossimilhança da acusação, revertendo ao empregador (reclamado) a obrigação processual de provar a inexistência da conduta discriminatória.

Restando caracterizado o abuso do direito de romper unilateralmente o contrato de trabalho por ato discriminatório, tem-se como nula a despedida injusta. O retorno ao *status quo ante*, diante da nulidade, é o restabelecimento do vínculo empregatício.

Daí por que o empregado dispensado por ato discriminatório faz jus a retornar ao seu posto de trabalho, bem como a receber uma indenização pelo dano sofrido (arts. 187 e 927 do Código Civil de 2002). Reforçando esses entendimento, a Lei n° 9.029, de 13 de abril de 1995, faculta ao empregado, nas hipóteses de rompimento da

relação de emprego por ato discriminatório, optar pela readmissão (leia-se reintegração) com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas ou pela percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento (art. 4°, I e II). Contudo, essa reparação refere-se apenas ao dano material sofrido pelo empregado com a perda do emprego, que não se confunde e não elimina o direito de o trabalhador receber indenização por dano moral eventualmente sofrido, conforme autoriza o art. 5°, V e X, da Constituição Federal.

Daí, com o escopo de preservar a dignidade no trabalho, mister que as dispensas discriminatórias praticadas pelo empregador e seus prepostos sejam coibidas, não apenas mediante a aplicação de multas administrativas (art. 3° da Lei n° 9.029/1995), mas também com a obrigação de a entidade patronal indenizar os danos causados (materiais e morais), objetivando, além da satisfação do lesado, a inibição da perpetuação de tais condutas.

E mais, a discriminação, atingindo a dignidade da pessoa agredida, afronta direitos humanos, portanto a proteção do trabalhador discriminado transcende até mesmo o poder do Estado. O Estado brasileiro, como signatário da Declaração Interamericana de Direitos Humanos, deve responder à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelos seus atos e omissões que digam respeito à eliminação das discriminações, podendo ser compelido pela Corte Interamericana de direitos Humanos a inibir a violação dos direitos humanos e até mesmo a reparar as conseqüências da violação desses direitos, mediante o pagamento de indenização justa à parte lesada (art. 63 do Pacto São José da Costa Rica).

A atuação do Ministério Público do Trabalho é de suma importância no combate à discriminação e à promoção de igualdade de oportunidades: primeiro, porque se trata, na verdade, de um poder-dever chancelado pelo Estado, em que o Ministério Público do Trabalho exerce a sua função institucional como órgão agente; segundo, porque o combate à discriminação no emprego não interessa apenas aos empregados, por ela diretamente atingidos, mas atinge à sociedade como um todo;

terceiro, porque a tutela coletiva se apresenta muito mais efetiva que a individual, pois se presta a evitar a consumação da lesão e não expõe um trabalhador isoladamente, alcançado todos os que sofreram ou possam vir a sofrer discriminação patronal.

Respondendo à pergunta central deste trabalho, a dispensa discriminatória de trabalhadores não é permitida, na medida em que se apresenta como um ato que transcende a relação empregatícia entre empregador e empregado, atingindo frontalmente um complexo de interesses maiores, pertencentes ao Estado e à sociedade, em total afronta aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

ALMEIDA, Renato Rua de. O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa: estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa espanhola e francesa. *Revista LTr.* São Paulo, v. 71, n. 3, p. 336-345, mar. 2007.

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas:* um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 1995.

_____. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000. p. 36-76.

_____. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Os efeitos do contrato de trabalho do empregado portador do vírus HIV. *Revista IOB trabalhista e previdenciária,* São Paulo, v. 19, n. 220, p. 7-28, out. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANNA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Org.). *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000. p. 28-35.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 2.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, *Consolidação das Leis do Trabalho.* Compilação de Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari, Melchíades Rodrigues Martins. 34. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição [da] República Federativa do Brasil.* São Paulo: Atlas, 1988.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho.* São Paulo: LTr, 2002.

_____. Negociação coletiva e direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO 11., 2006, Brasília. *O MPT como promotor dos direitos fundamentais.* São Paulo: LTr, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. *Direitos Humanos,* Procuradoria do Estado de São Paulo e Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, São Paulo, 1999. 1 CD-ROM.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria das constituições*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho.* São Paulo: Método, 2004.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000. p. 97-114.

_____. *Curso de direito do trabalho.* 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Discriminação no emprego: formas, defesas e remédios jurídicos. *Revista LTr,* São Paulo, v. 66, n. 11, p. 1334-1339, nov. 2002.

FABRIZ, Daury Cesar. *A estética do direito.* Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1999.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos da pessoa com deficiência:* garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa.* 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos:* o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006.

GOMES, Joaquim. B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:* o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego:* relações de gênero no direito do trabalho. Curitiba, PR: Gênesis, 2003.

HADDAD, José Eduardo. *Aspectos controvertidos de direito constitucional do trabalho.* São Paulo: LTr, 1998.

JAKUTIS, Paulo. *Manual de estudo da discriminação no trabalho:* estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1964.

LAFER, Celso. LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos:* constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores. São Paulo: Ltr, 1997, p. 126.*

_____. *Curso de direito do trabalho:* teoria geral e direito individual do trabalho. Curitiba, PR: Juruá, 2000. v. 1.

_____. *Ação civil pública:* nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001.

_____*. Direito e processo do trabalho na perspectiva dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho.* São Paulo: LTr, 2006.

LORENTZ, Lutiana Nacur. Igualdade e diferença como direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do Trabalho,* Brasília: LTr, n. 27, p. 88-122, mar. 2004.

_____. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas, portadores de deficiência.* São Paulo: LTr, 2006.

MAGANO, Octavio Bueno; MALLET, Estêvão. *O direito do trabalho na Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social.* São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Anúncios de empregos:* discriminação e responsabilidade. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA, em 1-8-2003, na sede Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo.

_____. Proteção contra a dispensa arbitrária e a aplicação da Convenção n° 158

da OIT. *Revista LTr,* São Paulo, v. 68, n. 11, p. 1323-1331, nov. 2004.

MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000. p. 156-168.

MARCÍLIO, Maria Luíza. A construção dos direitos da criança brasileira no século XX. In: MARCÍLIO, Maria Luíza; PUSSOLI, Lafaiete (Coord.). *Cultura dos direitos humanos.* São Paulo: LTr, 1998. p.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. Os efeitos do contrato de trabalho do empregado portador do vírus HIV. *Revista IOB trabalhista e previdenciária,* São Paulo, v. 19, n. 220, p. 29-37, out. 2007.

_____. *Direito do trabalho.* 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* Organizador 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDEIROS, Alexandre Alliprandino. Demissão abusiva. *Revista Síntese Trabalhista,* São Paulo, n. 163, p. 131-141. jan. 2003.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. Os direitos sociais e a sua concepção como cláusula pétrea constitucional. *Revista do Ministério Público do Trabalho,* Brasília, n. 27, p. 79-87, mar. 2004.

MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego.* São Paulo: LTr, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENEZES, Paulo Lucena. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais,* Fascículo Civil, ano 94, v. 842, p. 11-44, dez. 2005.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Iniciação ao direito do trabalho.* 28. ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. *Revista LTr,* São Paulo, v. 68, n. 7, p. 777-800, jul. 2004.

NOVAIS, Denise Pasello Valente. *Discriminação da mulher e direito do trabalho:* da

proteção à promoção da igualdade. São Paulo: LTr, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados. In: SEITENFUS, Ricardo. *Legislação internacional.* Barueri, SP: Manole, 2004. p. 821-845.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Resolução n° 2.106-A, de 21-12-1965. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 495-504.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Resolução n° 34/180, de 18-12-1979. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 504-512.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes. In: MELO, Sandro Nahmias. *O direito do trabalho da pessoa portadora de deficiência:* o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa, São Paulo: LTr, 2004. p. 174-176.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Resolução n° 217, de 10-12-1948. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 419-422.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 473-485.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 488-495.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: Pacto de *San José da Costa Rica.* In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 536-551.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo de *San Salvador.* In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 552-558.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo: Declaração da Filadélfia. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 835-849.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n° 111 da OIT.* Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/conv58.htm>. Acesso em: 5 out. 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n° 111 da OIT. Disponível em: <http://www.dgert.msst.gov.pt/Conteudos%20de%20ambito%20geral/OIT/legislacao_oit/conv_142_dec_62_80.htm>. Acesso em: 5 out. 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n° 158 da OIT.* Disponível em: <http://www.institutoamp.com.br/oit158.htm>. Acesso em: 18 out. 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.* Disponível em: <dhttp://www.oitbrasil.org.br/info/download/ declarac_port.pdf>. Acesso em: 18 out. 2007.

PEDREIRA, Pinho. A discriminação indireta. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, p. 402-406, n. 4, abr. 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución.* 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. *Los derechos fundamentales.* 8. ed., Madrid: Tecnos, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. 1.

REPERTÓRIO DE RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS DA OIT SOBRE HIV/AIDS NO MUNDO DO TRABALHO. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. 2. ed. Brasília: OIT, 2004. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/download/hiv_aids_pt.pdf>. Acesso em: 4 out. 2007.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, Brasília, n. 25, p. 320-336, mar. 2003.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, Brasília, n. 29, p. 271-272, mar. 2005.

ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.* Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade.* Minas Gerais: Lê, 1990.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos socais na Constituição e outros estudos.* São Paulo: LTr, 1991.

_____. *Direito do trabalho:* temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998. p. 431-469.

_____. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.* Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *O equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei.* São Paulo: Ícone, 1998. p. 150.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. *Dimensões da dignidade:* ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

SEITENFUS, Ricardo. *Legislação internacional.* Barueri SP: Manole, 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico.* Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SIMÓN, Sandra Lia Simón. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

STOCO, RUI. *Abuso do direito e má-fé processual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Execução: rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional. *Genesis:* revista de direito processual civil [on-line], Curitiba, n. 8, abr./jun. 1998. Disponível em: <http:/www.genedit.com.br/3rdpc/rdpc8/doutnac/humberto.htm>. Acesso em: 31 out. 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Teoria dos direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 243-341.

_____. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Legitimação dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 397-449.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e sociais:* estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.

VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* São Paulo, ano 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência,* São Paulo: LTr, 1996.

_____. Os dois modos de discriminar e o futuro do direito do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000. p. 320-328.

_____. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios: Análise da Lei n° 9.029/95. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação.* São Paulo: LTr, 2000a. p. 354-367.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade.* São Paulo: LTr, 2004.

WATANABE, Kazuo (Colab.). *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do projeto.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos.* São Paulo: Malheiros, 1999.